EL TRATO NO IGUALITARIO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL DE COLOMBIA. UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TEORÍA DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

IVONNE CONSTANZA VALERO PACHECO

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTORA EN DERECHO

DIRECTORA
PHD. MARÍA CONSTANZA BALLESTEROS MORENO

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO

BOGOTÁ D.C.
2023

I. INTRODUCCIÓN 5

II. MARCO TEÓRICO 15

2.1 LA PERSONA HUMANA COMO UNIDAD 15

2.1.1. La persona como unidad 15

2.2.1 Conceptualización de la Salud 24

2.2.2 Modelos teóricos de la Salud y la enfermedad 30

2.2.3. La Salud desde la perspectiva de los Derechos Humanos 36

2.2.4 La Salud como Derecho Social y Económico 42

2.3 DERECHO A LA PROTECCIÓN SOCIAL Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL 54

2.3.1. El Derecho a la Protección Social y Derecho a la Seguridad Social 54

2.3.2 Modelo Constitucional de la Seguridad Social en Colombia 59

2.4. TEORÍA DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA 66

III. METODOLOGÍA 70

IV. RESULTADOS 79

4.1 Evolución jurídica de la incapacidad temporal en el contexto de la Seguridad Social 79

4.1.1 Evolución de la línea temporal jurídica de la figura de la incapacidad temporal en Colombia ... 79

4.1.2. La incapacidad temporal como derecho es: ¿un auxilio, un subsidio y/o una prestación? 104

4.2. La incapacidad temporal en el Derecho Comparado: Perspectiva jurídica en diferentes sistemas de seguridad social 109

4.2.1 Análisis comparado de los Sistemas de Seguridad Social en los países de Iberoamérica 113

4.2.2 Análisis comparado de la incapacidad temporal en los sistemas de seguridad social de los países de Iberoamérica 131

4.3 Análisis jurisprudencial de la incapacidad temporal 198

4.4 Aplicación de la Teoría de la Discriminación Indirecta a la incapacidad temporal 256

V. CONCLUSIONES 266

REFERENCIAS 277

ANEXOS 297

Índice de Tablas

TABLA 1. PAÍSES SELECCIONADOS PARA LA APLICACIÓN DEL MÉTODO DE DERECHO COMPARADO 74
TABLA 2. PARADIGMAS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA 91
TABLA 3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL MODELO ALEMÁN Y DEL MODELO INGLÉS DE SEGURIDAD SOCIAL. 109
TABLA 4. PRESTACIÓN ECONÓMICA DURANTE EL PERIODO DE INCAPACIDAD TEMPORAL. 147
TABLA 5. PORCENTAJE DE SUBSIDIO PARA TRABAJADORES INDEPENDIENTES EN COSTA RICA 171
TABLA 6. DÍAS DE INCAPACIDAD SEGÚN ESPECIALIDAD MÉDICA Y SERVICIO EN COSTA RICA. 177
TABLA 7. COTIZACIÓN SEGURO DE SALUD DE COSTA RICA 178
TABLA 8. INCAPACIDAD TEMPORAL POR RIESGOS EN EL TRABAJO Y ENFERMEDAD GENERAL, MÉXICO. 184
TABLA 9. SÍNTESIS DE LA COMPARACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS PAÍSES DE ESTUDIO. 196
TABLA 10. SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL QUE CONFORMAN EL NICHO CITACIONAL. 199
TABLA 11. SENTENCIAS ELEGIDAS PARA EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. 201
TABLA 12. COMPARATIVO RECONOCIMIENTO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO. 249

Índice de Figuras

FIGURA 1. CARACTERÍSTICAS DEL CONCEPTO DE SALUD. 29

FIGURA 2. MARCO DE REFERENCIA CONCEPTUAL ELABORADO POR LA COMISIÓN SOBRE DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD (CSDH, POR SUS SIGLAS EN INGLÉS). 35

FIGURA 3. DIMENSIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS. 37

FIGURA 4. OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE. 40

FIGURA 5. MAPA MUNDIAL DE LAS FORMAS DE ESTADO 75

FIGURA 6. MAPA MUNDIAL DE LAS FORMAS DE GOBIERNO 75

FIGURA 7. DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y LA REFORMA A LA SEGURIDAD SOCIAL DE 1993. 90

FIGURA 8. COMPONENTES DEL SISTEMA PREVISIONAL DE CHILE. 121

FIGURA 9. ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD DE CHILE. 123

FIGURA 10. ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SALUD COSTARRICENSE. 126

FIGURA 11. CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL, ESPAÑA 143

FIGURA 12. PROCEDIMIENTO PARA LA GESTIÓN DE LAS BAJAS EN CASO DE CONTINGENCIAS COMUNES, ESPAÑA. 146

FIGURA 13. REGÍMENES Y SEGUROS SEGÚN LA LEY DEL SEGURO SOCIAL (LSS), MÉXICO. 182

FIGURA 14. PRECEDENTES CITADOS EN LA SENTENCIA C-543 DE 2007, CORTE CONSTITUCIONAL. 199

FIGURA 15. ANÁLISIS EXPLORATORIO POR FRECUENCIA DE PALABRAS SIMPLES. 224

FIGURA 16. NUBE DE PALABRAS. FRECUENCIA POR PALABRAS COMBINADAS. 225

FIGURA 17. NUBE DE PALABRAS. FRECUENCIA POR PALABRAS COMBINADAS (3 PALABRAS). 225

FIGURA 18. REPRESENTACIÓN DEL MODELO DE CÓDIGOS Y SUBCÓDIGOS A PARTIR DE DERECHOS HUMANOS. 227

FIGURA 19. REPRESENTACIÓN DEL MODELO DE CÓDIGOS Y SUBCÓDIGOS A PARTIR DE INCAPACIDAD 228

FIGURA 20. MAPA DE CÓDIGOS. 229

EL TRATO NO IGUALITARIO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL DE COLOMBIA. UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TEORÍA DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

I. INTRODUCCIÓN

La Dignidad Humana de acuerdo con el Magistrado de la Corte Constitucional Dr. Beltrán se entiende como:

> Un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas.
>
> En virtud de la dignidad humana se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política (art. 1 C.P.) y como factor de consenso entre los Estados, a través de las cláusulas de los tratados públicos sobre la materia (art. 93 C.P.). (Sentencia T-747 de 2003 [Sent.]. 28 de agosto de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional, Colombia, p. 5)

En este sentido para proteger la dignidad humana se requiere que la persona pueda ejercer sus libertades, que sea partícipe en la construcción del Estado democrático y, además, que cuente con la garantía de unas condiciones materiales mínimas de existencia, como parte del Estado Social (Sentencia C-251 de 1997 [Sent.]. 28 de mayo de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia). Además, la dignidad de la persona reconoce el carácter único del ser humano, por ello el especial reconocimiento que tiene la persona en el Estado Social de Derecho como "la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico" (Sentencia T-724 de 2008 [Sent.]. 22 de julio de 2008, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional, Colombia, p. 8); pero también como protector de la persona ante situaciones discriminatorias, acciones repudiadas por los postulados acogidos en la Constitución. La interdependencia, integralidad y universalidad son características esenciales de los derechos humanos, los cuales son considerados como una unidad, y así como lo indica el Magistrado Alejandro Martínez Caballero (1997) "no es

admisible que se desconozcan unos derechos so pretexto de salvaguardar otros" (Sentencia C-251 de 1997 [Sent.]. 28 de mayo de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia, p. 26). En este sentido, son parte de esta unidad, los derechos a la dignidad humana, a la vida, a la salud, al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital, reconocidos a su vez en postulados de carácter universal.

Partiendo del supuesto que la salud de la población es el efecto de la estructura de las sociedades en un mundo globalizado y se caracteriza por ser un complejo y dinámico conjunto de relaciones de orden político, normativo e institucional (Solar, 2010, p. 4), desde la perspectiva de la justicia social el fin del Estado está en la reducción de las desigualdades sociales y la inequidad en salud (OMS, 2008b; OMS, 2009). Por esa razón la explicación de la causalidad de la enfermedad y de las inequidades en salud son explicadas a partir de la posición social de cada persona, por una parte, el poder político entendido como el ejercicio del poder colectivo en pro de sus derechos humanos, de tal forma que su representación se encuentra en el trabajo conjunto de las comunidades vulnerables y la responsabilidad del estado. Y, de otra parte, está la necesidad de diferenciar entre "las causas sociales de la salud" y "los factores sociales que determinan la distribución de estas causas entre los grupos más y menos favorecidos" (Solar, 2010, p. 5). Por último, en la integralidad del ser humano, se reconoce la salud como un "*valor*" esencial para su bienestar y funcionalidad, por tanto "las desigualdades en la salud se reconocen como desigualdades en la capacidad de las personas para funcionar" (Solar, 2010, p. 12).

Por su parte la Seguridad Social se reconoce en la Declaración de los Derechos Humanos como un derecho humano de índole social, económico y cultural y así como el trabajo, se consideran requisito indispensable para el logro de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, de tal forma que insta a los Estados a destinar los recursos y establecer las medidas de protección social que sean necesarias para compensar la falta de trabajo o de salario (Naciones Unidas, 1948). En particular, Colombia como lo indica Cañón Ortegón (2021), la Constitución Política de 1991 lo incorporó indicando los lineamientos generales para su desarrollo, de tal forma que cuenta con una estrecha relación con los principios del Estado Colombiano (respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad y la prevalencia

del interés general sobre el particular; artículo 1 y 2 de la Constitución Política) y con sus fines sociales como lo son el bienestar general y la calidad de vida de la población (artículo 366, Constitución Política) (Cañón, 2021, pp. 27-30). Establecer si el derecho a la seguridad social, como derecho social y económico ha contado con la misma suerte de evolucionar como lo ha hecho el derecho a la salud, hasta llegar a ser considerado como un derecho autónomo usando el mecanismo de la transmutación, no es claro; si bien es cierto autores como Cañón (2021) indican que el derecho a la seguridad social es considerado como un derecho autónomo a partir de varios fallos de la Corte Constitucional, lo que se puede observar es que no existe tal claridad. Lo que se observa, es que este Derecho, hoy reconocido como fundamental continúa siendo analizado con relación a otros derechos fundamentales como la salud, además porque el derecho a la salud es considerado como una "manifestación" del derecho a la seguridad social (Cañón, 2021, p. 89), con lo cual no estoy de acuerdo. Cada uno de ellos es independiente y autónomo con unos alcances y características que los hacen particulares, pero a la vez interdependientes e indivisibles, una unidad en conjunto con los demás derechos humanos y fundamentales.

Según lo descrito, la incapacidad temporal en los trabajadores es un derecho, resultante de la protección al Derecho a la Dignidad Humana, a la Vida, al Trabajo, a la Salud, a la Seguridad Social y al Mínimo Vital, los cuales tienen el atributo no solo de ser derechos humanos, sino además derechos fundamentales. Dada esta condición no es posible ser indiferente al trato no igualitario, que, en su dimensión positiva de cada derecho, otorga mayores beneficios económicos por enfermedad laboral que por aquella que no lo es, tratándose de la misma persona. Es claro que la interdependencia entre estos derechos se ve afectado por el modelo de seguridad social propuesto para Colombia, en particular, los vínculos e integración que deben existir entre Salud y Riesgos Laborales por tratarse de la salud de la persona, sin importar el origen o la causa del evento, esto es un tema meramente económico ligado al aseguramiento y la necesidad de la sostenibilidad financiera del sistema olvidando la finalidad en sí misma.

De acuerdo con lo enunciado al hablar de igualdad se habla de discriminación. La igualdad desde una perspectiva jurídica se trata de un concepto cualitativo de valoración a partir de la

consideración de lo razonable, de lo que puede ser legítimo con respecto al trato que recibe un grupo de personas a partir de un criterio previamente establecido; tanto así que "la idea de igualdad sirve para determinar, razonable y no arbitrariamente, qué grado de desigualdad jurídica de trato entre dos o más sujetos es tolerable" (Rey, 2005, p. 22), función que le corresponde al legislador. En este orden de ideas existen dos clases de discriminación, la directa e indirecta, siendo la segunda el propósito de análisis de esta investigación. La discriminación indirecta se presenta cuando la misma normatividad incluye situaciones discriminatorias que no parecen serlo, pero en el ejercicio de ésta implica exclusión (OIT, 2011). Esta discriminación se presenta en la realidad, por la desigual situación fáctica con consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre ciertas personas o grupos (Rey, 2005, p. 38). Tal discriminación también está prohibida por la Constitución Política de Colombia, 1991.

Es en este escenario en donde se ubica el objeto de la presente investigación. El trato diferencial que trae la normatividad legal frente al reconocimiento y pago de la incapacidad temporal por enfermedad general (66.66% del IBC), frente a la de origen laboral (100% IBC) a la que tienen derecho los trabajadores pertenecientes al régimen contributivo, presenta diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores afiliados y cotizantes al Sistema General de Seguridad Social (Sistema de Salud y Sistema de Riesgos Laborales), lo cual, trae consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable que tiene este tratamiento formal igual o razonablemente desigual sobre los trabajadores a causa de la diferencia del origen de la enfermedad. Desde el punto de vista de la dignidad humana no existe constitucional o legalmente, la demostración que justifique dar un mayor valor a una cualidad otorgada a la enfermedad, como es su determinación según el origen, desconociendo como aspecto esencial de la persona su carácter de unidad que se ve afectadas por la condición o situación de salud y que lo limitan en su funcionalidad representada en la capacidad para trabajar. Aquí se presentan dos categorías de trabajadores: *con enfermedad laboral* y *con enfermedad general*, la última tiene efectos desfavorables en la situación económica del trabajador al reducir el ingreso a lo que se le suma la prestación de servicios delimitada por el plan de beneficios en salud, además de situaciones discriminatorias en el trabajo y a nivel social.

En consecuencia, se plantea como pregunta de investigación *¿cuáles son los elementos teóricos que justifican el reconocimiento igualitario de la incapacidad temporal por enfermedad común y laboral en el Sistema de Seguridad Social Colombiano desde la perspectiva de los derechos humanos?* A partir del presente estudio se deduce que la población trabajadora colombiana se ve afectada más por enfermedades no laborales, lo cual deriva en una desventaja salarial en el momento de ser expedida la incapacidad y peor aún, en despidos sin justa causa vulnerando el derecho al trabajo. A lo expuesto se suma, que el trabajador enfermo e incapacitado y su familia, asumen unos gastos asociados al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, no cubiertos por el aseguramiento en salud lo que se denomina costos directos no sanitarios; pero también deben ser considerados los costos intangibles derivados de la afectación de su estado de salud, así como para la familia como lo es la reducción de los ingresos y la pérdida de productividad del familiar dedicado al cuidado de la persona enferma (Ripari et al., 2017). De igual manera, la reducción del ingreso por enfermedad general tiene un efecto negativo y peyorativo en sus condiciones distributivas, en la medida que trae efectos perjudiciales con la reducción del salario frente al que reciben al realizar su labor en condiciones normales de salud. De acuerdo con lo anterior, el supuesto en el que se sustenta esta investigación es que se presenta una discriminación indirecta por razón del origen (general o laboral) de la enfermedad en el reconocimiento y pago de la prestación *incapacidad temporal*, por las razones ya expuestas y que se desarrollan a lo largo del presente estudio.

El abordaje teórico y metodológico de la incapacidad temporal ha sido una de las preocupaciones de los salubristas y expertos en talento humano, esto con el fin de prevenir enfermedades y lesiones que conlleven al ausentismo laboral y costos en la gestión en la atención en salud. La aproximación al análisis de la figura jurídica de la incapacidad temporal desde la perspectiva de los derechos humanos y la Teoría de la Discriminación indirecta ha sido escasa, por esta razón se trata de observar como el trato no igualitario en el reconocimiento y pago de la incapacidad temporal por enfermedad general con respecto a la de origen laboral tiene un efecto discriminatorio y desde los hechos se constituye en una práctica desfavorable para el trabajador que por enfermedad se encuentra en una condición

de debilidad manifiesta, afectando negativamente sus condiciones mínimas de subsistencia y las de su familia.

El abordaje del tema de estudio permitirá hacer una contribución desde una perspectiva interdisciplinaria, ya que se trata del acercamiento de la ciencia jurídica a problemáticas que tradicionalmente se han analizado por las ciencias de la salud y las ciencias humanas. Por esta razón, el aporte teórico del presente estudio se enmarca en la profundización desde la perspectiva de los derechos humanos, incorporando una visión más amplia, en donde se encuentran determinantes de la salud y la enfermedad y ya que parte de estos es la ocupación o el trabajo y las condiciones de vida (estratificación social, educación y la salud), en el proceso de investigación se tendrá una construcción teórica sobre los derechos humanos, el derecho a la seguridad social y la igualdad en el reconocimiento de la incapacidad temporal, retomando para esto elementos de otras disciplinas cuyos objetos de estudio se centran en la ocupación humana y en la seguridad y salud en el trabajo.

Así mismo, otro aporte de esta tesis doctoral se encuentra en el componente metodológico y en los resultados, ya que servirá como referencia para el análisis de prestaciones económicas como mecanismos de protección derivadas del derecho a la seguridad social y de los derechos laborales desde una perspectiva de la justicia social y de la equidad en salud, como parte de una buena gobernanza y en la contribución a la garantía de la calidad de vida digna, a la libertad y a la igualdad de oportunidades. Adicionalmente, la metodología se desarrolla desde un enfoque multi-métodos, que fueron necesarios para el desarrollo del proyecto, contribuye para que investigadores en el campo de las ciencias jurídicas incluyan estas prácticas como fundamento de validez del proceso investigativo.

De manera similar, se espera que la investigación pueda llegar a generar un impacto positivo en el estudio de la incapacidad temporal, representado en el cambio de la *ratio decidendi* por parte de jueces y magistrados e inclusive en la motivación del legislativo al analizar las problemáticas de índole social, político y económico alrededor de esta figura, porque en la medida que se contemplen todas las dimensiones de la persona y la magnitud del impacto que tiene el trato no igualitario en la incapacidad temporal de origen general frente a la de

origen laboral, se contribuye a superar la inequidad social por situaciones desventajosas y discriminatorias asociadas a la enfermedad y en este sentido garantizar la dignidad humana[1]. Así mismo como el objetivo principal del proyecto se orienta a establecer los elementos teóricos que justifican el reconocimiento igualitario de la incapacidad temporal por enfermedad común y laboral en el Sistema de Seguridad Social Colombiano desde la perspectiva de los derechos humanos, los hallazgos y las conclusiones del estudio pueden ser parte de la solución constitucional y jurídica, solventando así entre otras necesidades, la aplicación del principio de progresividad al Derecho a la Seguridad Social, con relación a su fundamentalidad y por ende en el cumplimiento de la universalidad y trato igualitario de la incapacidad temporal por enfermedad y lesiones; y por otra parte, convoca a los gobiernos a implementar políticas públicas intersectoriales e integrales que permitan desarrollar estrategias y acciones en pro de la equidad en salud y la justicia social como fin del Estado Colombiano.

Por otra parte Colombia se ha caracterizado por tener un amplio sistema normativo que reglamenta de forma fragmentada aquellas acciones que buscan garantizar y hacer efectivos los derechos a la salud, al trabajo y a la seguridad social, aspecto que dificulta la protección de la dignidad humana, desconociendo en situaciones de debilidad manifiesta en razón de la enfermedad, la garantía de unas condiciones materiales mínimas de existencia y el carácter único del ser humano, por ello el especial llamado de atención a la elaboración de códigos normativos en los cuales sean contemplados la interdependencia, integralidad y universalidad, características esenciales de los derechos humanos. La reglamentación existente en materia de incapacidad temporal presentan dos categorías de trabajadores: *con enfermedad laboral* y *con enfermedad general*, la primera otorga mayor valor injustificadamente a una condición que sin importar su causa u origen, mientras que la segunda tiene efectos desfavorables en la situación económica del trabajador al reducir el ingreso (salario) del trabajador en un 33%, a lo que se le suma la prestación de servicios

[1] En repetidas ocasiones la Corte Constitucional Colombiana ha tratado el tema de los Principios del Estado Social de Derecho asociado a diferentes situaciones y vinculado con el Derecho a la Dignidad Humana (vivienda, educación, trabajo, salud, etc). A manera de ejemplo, encontramos la T-585 de 2008 (M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), T-736 de 2015 (M.P. Dra. Gloria Stella Ortíz Delgado), C-086 de 2016 (M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio), C-272 de 2016 (M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva).

delimitada por el plan de beneficios en salud. No existe desde el punto de vista constitucional ni legal, la demostración que justifique dar un mayor valor a una cualidad otorgada a la enfermedad, como es su determinación según el origen, desconociendo otras características de la persona como unidad y el principio de la Dignidad Humana.

Por las anteriores razones la investigación se propuso como objetivo principal establecer los elementos teóricos que justifican el reconocimiento igualitario de la incapacidad temporal por enfermedad común y laboral en el Sistema de Seguridad Social Colombiano desde la perspectiva de los derechos humanos. Para tal fin se plantearon tres objetivos específicos: el primero, determinar las necesidades de reforma en la legislación vigente en materia de incapacidad temporal, en el marco de los derechos humanos y el principio de la dignidad humana, a partir del análisis de la evolución legal y jurisprudencial de la incapacidad temporal en el sistema normativo Colombiano; segundo, identificar una posible solución jurídica al trato no igualitario en la incapacidad temporal como prestación de origen laboral frente a la de origen general mediante el derecho comparado aplicado a sistemas de seguridad social que rigen en los países de Iberoamérica elegidos para el estudio ; y, por último plantear lineamientos teóricos para otorgar el tratamiento igualitario de la enfermedad y por ende del reconocimiento de la incapacidad temporal como prestación en el Sistema de Seguridad Social Colombiano, desde la aplicación de la Teoría de la Discriminación Indirecta. Para cumplir estos objetivos se consultaron fuentes oficiales de normas legales de Colombia y países de Iberoamérica, así como la página oficial de la Relatoría de la Corte Constitucional y documentos académicos y resultado de investigación como fuentes secundarias.

En este documento se presentan y discuten los resultados más significativos, para lo cual se ha dividido en cinco capítulos:

El primer y segundo capítulos corresponden a la revisión de la literatura y la identificación de los referentes teóricos, relevantes para la comprensión de la problemática expuesta en torno a la incapacidad temporal desde el enfoque de los derechos humanos, particularmente en relación con el trato discriminatorio presente entre la incapacidad generada por la enfermedad general frente a la de origen común. Es importante anotar, que, al ser la salud, el

trabajo y la seguridad social campos interdisciplinarios, se hizo compleja la articulación del componente teórico, sin embargo, la revisión de la literatura permitió identificar los ámbitos de estudio desde la perspectiva jurídica y permitió realizar conceptualizaciones sobre la incapacidad temporal. Adicionalmente, el segundo capítulo explora las principales teorías asociadas a los derechos humanos, la discriminación indirecta y postulados epistemológicos que, junto con los antecedentes justifican la necesidad de llevar a cabo el estudio.

El marco metodológico que fue utilizado en la investigación se detalla en el tercer capítulo. En este apartado en primer lugar se presenta el diseño metodológico, en donde se identifican las diferentes partes en la que se dividió toda la investigación, posteriormente las fuentes primarias y secundarias de información y los métodos utilizados para el análisis cualitativo de la información. Finalmente se explica el plan de análisis aplicado. En el capítulo cuarto se presentan los resultados de la investigación, los cuales se dividieron en cuatro partes. En la primera se realiza el análisis de evolución jurídica de la incapacidad temporal en el contexto de la Seguridad Social en Colombia; seguido del análisis comparado de la figura de incapacidad temporal presente en varios países de Iberoamérica. En tercer lugar, se llevó a cabo el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en los temas asociados a la incapacidad temporal y su trato no igualitario, así como la relación con derechos fundamentales y por último se presentan lineamientos teóricos para el trato igualitario de la incapacidad temporal a partir de la aplicación de la Teoría de la Discriminación Indirecta.

Como principales limitaciones del estudio fueron la multiplicidad y diversidad de fuentes jurídicas sobre la materia objeto de estudio sin posibilidad, en ocasiones, de constatar su vigencia, como es el caso de la normativa reglamentaria de otros países. En la comprensión multidimensional del fenómeno analizado, uno de los aspectos importantes desde el punto de vista del aseguramiento es la perspectiva financiera, tema que no fue abordado, por tratarse de una visión social y desde la garantía de los derechos humanos fundamentales. Las conclusiones del estudio traen implícitas nuevas problemáticas susceptibles de ser objeto de futuros estudios, en particular, en torno a la equidad e igualdad en las prestaciones de índole laboral y de la seguridad social.

II. MARCO TEÓRICO

2.1 LA PERSONA HUMANA COMO UNIDAD

El sistema de protección social colombiano determina sus acciones en torno a la salud, según los daños causados a la persona. Por lo tanto, para conocer en cabeza de cual institución se encuentra la responsabilidad de las prestaciones económicas y asistenciales, es necesario conocer el origen de la enfermedad, ya sea laboral o común. Desde este planteamiento, se infiere que la salud de la persona presenta una *división determinista* según las causas de la enfermedad, lo que se conoce desde el aseguramiento como *el origen del siniestro/evento* y por esta razón la enfermedad, según su origen, debe ser cubierta por un régimen (Sistema de Salud) o por el otro (Sistema de Riesgos Laborales). En consecuencia, es necesario realizar una síntesis de las principales teorías epistemológicas que abordan el concepto de *persona como unidad*, y así explicar la importancia de reconocer su naturaleza indivisible y así mismo de la salud.

2.1.1. La persona como unidad.

La persona es el sujeto de cuidado y protección de los sistemas de salud y de protección social en caso de presentar una afección en su salud o cuando se encuentra ante una situación de vulnerabilidad ya sea de orden social y económico. Por esta razón, para el presente estudio se hace necesario mencionar algunos postulados que desde la filosofía definen la persona como unidad y su alcance en la relación salud-enfermedad.

Para empezar, la definición propuesta por la Real Academia de la Lengua Española (RAE) para *unidad* indica: “Propiedad de todo ser, en virtud de la cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere” (Real Academia Española, s.f., definición 1). En este punto y entendiendo que bajo la acepción enunciada la unidad es una propiedad de todo ser, es decir de la persona, es importante reflexionar acerca de este atributo esencial. Teniendo en cuenta que Colombia adoptó un modelo de seguridad social que oferta tal protección a partir de seguros públicos obligatorios *que separan* la asistencia según la causa u origen del riesgo, ¿es posible destruir o alterar la unidad de la persona cuando la asistencia se reconoce de

forma diferente según la causa u origen del riesgo, como lo establece el Sistema de Seguridad Social de Colombia?

Uno de los aspectos fundamentales en este proceso reflexivo es reconocer el carácter unitario de la persona humana, composición de ser humano y persona. Es Aristóteles el primero en plantear el concepto de unidad asociado a la persona (García, 1998). En sus postulados, Aristóteles considera que el alma es tanto en un sentido biológico como metafísico, "el principio integrador y unificador del organismo y también como el origen de la conciencia" (García, 1998, p. 350). En palabras de García (1998), "Esta organización implica una disposición relacional entre las partes que constituyen una unidad y totalidad que no es posible reducir a la mera suma de los componentes" (p. 350). En conclusión, Aristóteles considera al hombre como unidad en la cual se incorpora la consciencia y el principio vital integrador (García, 1998) y a partir de ello, diversas perspectivas desde la filosofía han abordado el tema.

Partiendo del contexto anterior, se realiza un recorrido de los principales referentes de la filosofía cuya interpretación alimenta la reflexión con respecto al tema de investigación.

Persona y Cristianismo: Teoría de Santo Tomás de Aquino

La teoría de Santo Tomás de Aquino en torno a la persona humana implica por un lado la unidad entre cuerpo y alma y por otro sus funciones cognitivas: la razón y el intelecto. En este sentido Santo Tomás de Aquino, va más allá de los principios aristotélicos al explicar la pluralidad de factores: individuales y culturales que componen la individualidad humana (García, 1998, p. 355).

La filosofía Tomista retoma los presupuestos de Boecio en cuanto a la naturaleza racional de la persona, lo cual explica la composición de las individuales, pero a su vez la independencia de los actos, lo que caracteriza a la persona humana como una "totalidad única e irrepetible"; La racionalidad como atributo de la persona, lo hace capaz de expresarse de forma diferente antes determinadas situaciones (García, 1998, p. 356). Es en tal sentido que Santo Tomás de

Aquino comprende la persona humana como una unidad, la unión de lo biológico y espiritual con tres niveles de funcionamiento: *substancialidad, individualidad y racionalidad*, pero aun así el alma es una sola (Jiménez-Trujano et al., 2009, p. 42; García, 1998, p. 356).

Como lo indica García (1998), la cabeza es el componente esencial para la integridad del organismo del ser humano. En ella reside la conciencia y en caso de faltar la unión cuerpo-alma se afecta por cuanto las facultades espirituales (intelecto y voluntad) requieren de la conciencia; por ello la muerte es la desintegración de la composición cuerpo-alma; por ello es "el alma el principio organizador y unificador forma substancial del cuerpo que guarda relación con el cuerpo "como un todo" incluyendo la conciencia" (García, 1998, p. 357).

Por lo anterior, bajo la visión integradora de Santo Tomás de Aquino, se podría interpretar que toda afectación a la salud se entiende como un fenómeno singular y unitario que afecta alguna(s) facultad(es) en particular, pero en ningún caso existe desintegración del cuerpo-alma, mientras exista la conciencia. En el renacimiento, con el humanismo, el concepto de persona se separa de lo religioso otorgándole otras dimensiones como la libertad (libre albedrío) como un atributo que hace a la persona humana diferente de otros animales (Buriticá, 2014).

Persona desde la Teoría de la Antropología evolutiva

El concepto de persona e individuo deben ser considerados como una unidad evolutiva; es decir, desde "la transformación humana cultural" (Zabala, 2012, p. 51), lo cual no solo implica los cambios biológicos sino también el contexto cultural como un determinante de tal evolución. Según lo describe Zabala (2012) la teoría evolutiva cuyos principales representantes son Charles Darwin y Alfred Russel Wallace, tiene como propósito explicar la evolución de los seres vivos. Es Darwin quien reconoce en su teoría *la unidad evolutiva* a través de los mecanismos de la selección natural y la adaptación, reconociendo el principio de Lamarck acerca de "la herencia de las características adquiridas como fuente de variabilidad biológica" (Kutschera y Niklas, 2004, p. 259); y a su vez, como lo menciona Zabala (2012) en conjunto con Wallace reconocen importancia de comprender la evolución de las diferentes especies y de esta forma comprender los efectos de la biodiversidad. (p. 52)

En el siglo XX, la Teoría Sintética retoma el concepto de “la unidad evolutiva”, pero su fundamento es “el pensamiento poblacional” basado en el estudio de los hechos desde la genética, la paleontología y los sistemas (Kutschera y Niklas, 2004, p. 260). De acuerdo con los postulados de esta teoría, es el pensamiento poblacional, lo que llevó a la síntesis evolutiva (Zabala, 2012, p. 52). Uno de sus representantes, Lewontin (1970), citado por Zabala (2012) explica el principio de la evolución a partir de la posibilidad que se tiene no solo de cambiar, reproducirse y heredar ciertas características, sino que además de hacerse persona y a su vez como parte de un grupo social y cultural. Por esa razón, como lo indica Zabala (2012) al mencionar a Winsatt (1999) y Heintz (2007), las instituciones (matrimonio, familia) se sustentan principalmente en la evolución humana, es decir, de la interacción del individuo con su contexto, de ahí que la persona sea el sostén de la continuidad de las instituciones (Zabala, 2012, pág. 53-54).

Es Ernst Mayr (1980), citado por Kutschera y Niklas (2004), quien indique los principlaes principios de la teoría moderna de la evolución:

> La evolución gradual se puede explicar en términos de pequeños cambios genéticos ("mutaciones") y recombinación, y el ordenamiento de esta variación genética por selección natural; 2. los fenómenos evolutivos observados, en particular los procesos macroevolutivos y la especiación, pueden explicarse de manera consistente con los mecanismos genéticos conocidos. (Kutschera y Niklas, 2004, p. 261)

En conclusión, desde la perspectiva de Kutschera y Niklas (2004) las mejores explicaciones a la transformación evolutiva se presentaron en el periodo posmoderno (siglo XX) con la aplicación de diversas áreas del conocimiento como la genética y la biología molecular, entre otras. (p. 273).

Persona desde la Teoría de la Antropología

El concepto de persona, desde una perspectiva antropológica se retoma de los postulados de Boecio, aunque en la antigua Grecia se usaba la palabra “prosopón” que significa máscara,

la cual fue transformada por el etrusco y la forma léxica “phersu” (Zabala, 2012, pp. 55-56). Desde el punto de vista de Zubirí (1986), citado por Zabala (2012), el concepto de persona es una construcción cultural en dos niveles:

> Por una parte en la persona misma que se vive y se sabe parte de una adjetivación como ser social, por la otra es una construcción desde la cultura que elabora y sustenta un sistema de significación en el concepto. Ambos niveles se integran cuando alguien reconoce y se reconoce como persona (p. 56).

Persona y grupo sociocultural dependen el uno del otro para su existencia y determinación (Zabala, 2012, p. 56).

Pertenecer a un grupo define la vida humana y sus particularidades, en el sentido que es el grupo quien determina su propio sistema de comprender, interpretar y comunicar lo humano; es por ello que, durante la evolución de la persona, a su vez se construye el concepto de sí misma, marcado por sus vivencias y reconocimiento social, siendo entonces el concepto de persona “por ello una vivencia entre ser y saberse una persona” (Zabala, 2012, p. 56). La propuesta de Zabala (2012) es que la persona, desde su concepto, es una unidad con tres niveles de organización: 1) por un lado el vínculo material (reconocerse distinto a los animales) y que ha sufrido un proceso de desarrollo biocultural; 2) el vínculo con la vida social mediante la construcción de una identidad e identificación de su rol y estatus social; y 3) el vínculo con lo sagrado, inmaterial y simbólico, vínculos a partir de los cuales la persona construye un modo de vida sociocultural. (p. 56).

Por lo anterior, Zabala (2012) considera que “la persona es una unidad integral del ser humano”. Así, en la persona confluyen los elementos culturales como entidad viva, puesto que es a partir de su contexto social y cultural que la persona aprende a ver y vivir y a su vez se encuentra “integrado en la mente de la persona” (pp. 56, 61), tanto así que se hereda de una generación a la otra; es por ello que las personas forman una unidad con la estructura social, su *coexistencia es vital y* su resultado está determinado por su proceso evolutivo como seres biológicos que llegan a ser bioculturales transformando así la cultura (Zabala, 2012).

Perspectiva Teleológica de la persona (fines o finalidad)

Al reflexionar acerca del propósito de la existencia de la unidad de la persona humana, se encuentra que, desde el fundamento del cristianismo, se indica que el reconocimiento antropológico de la persona, su libertad, dignidad y destino "sólo Cristo revela el hombre al hombre mismo" (García, 1998, p. 353). Anteriormente se explicaba que desde el cristianismo la unidad del ser humano, su integridad, se compone del alma y su componente biológico, siendo la muerte el único mecanismo de desintegración de tal unidad. Santo Tomás lo expresó de varias formas, como cuando dijo: el hombre es "el horizonte de lo creado, en el cual se unen los cielos y la tierra; como vínculo entre el tiempo y la eternidad; como síntesis de la creación"; mientras que la Constitución Gaudium et spes expresa: "en la unidad de cuerpo y alma, el hombre, por su misma condición corporal, es una síntesis del universo material" (García, 1998, p. 352).

Entonces la finalidad de lo que se entiende como persona, es su definición, bajo la visión que integra alma y cuerpo como *interioridad y exterioridad*, pero a la vez, la vida humana es interpretada desde lo sustancial, entendido como una especie racional; y funcional como la definición a partir de los actos o vivencias. Teniendo en cuenta lo anterior la conciencia de su historia es una característica fundamental de la persona y la vida humana, en la media que la razón de la vida no es biológica sino de tipo biográfico, es entonces la dimensión social del ser humano una realidad social e histórica integrada por creencias y realidades sociales (Sánchez, 2016, pp. 85-98).

Perspectiva biomédica y sistémica de la persona

El modelo biomédico se fundamenta principalmente en el estudio de la enfermedad, sus causas, tratamiento y efectos, de allí que esta perspectiva plantee que la unidad de la persona se desintegra con la "muerte encefálica" (García, 1998, p. 358) como equivalente a la muerte del individuo, que además es el fundamento neurológico sobre el cual se sustenta el estatuto unitario de la persona humana (García, 1998).

Los principales problemas de esta teoría radican en la concepción fragmentada del cuerpo de la persona en la medida que se concibe el cuerpo humano como la unión de "partes de una

máquina" que hace parte de un "todo", pero que ante la enfermedad separa aquellos "partes del cuerpo" enfermas para su estudio y tratamiento (González y Sosa, 2010, p. 45). De tal forma que se rige por el principio de causalidad, es decir que toda enfermedad tiene una causa y un efecto, susceptible de ser medido en cuanto a su severidad o daño y por tanto el acto médico es de carácter técnico omitiendo factores determinantes de índole social, cultural y económico y enfocándose en la curación y no la prevención (González y Sosa, 2010).

Desde una postura contraria a este modelo funcionalista y positivista se plantea el modelo sistémico de la salud, que permite dimensionar a la salud como un fenómeno social que parte de la observación de los individuos como parte de un colectivo, lo cual implica el análisis de determinantes de la salud de orden político, económico, laboral y social (González y Sosa, 2010, p. 47).

En conclusión, este capítulo en el que se presentan algunos postulados filosóficos en torno a la reflexión de la unidad de la persona humana se observa que, en la reflexión histórica sobre este concepto, se comprende que la persona humana es una *unidad* cuya fragmentación o división genera su desintegración. Analizado desde la perspectiva actual, esa fragmentación implica la no consideración de los contextos que determinan a la persona por su naturaleza social. De ahí la importancia de considerar en una visión holística de la persona como ser integral, teniendo en cuenta el contexto social, cultural, económico y político del cual hace parte la persona, como integrante de un colectivo.

En este sentido la salud y la enfermedad son parte integral de la persona humana, se trata de acontecimientos que hacen parte del curso natural de la vida. La salud entonces, según el contexto social y cultural, inclusive normativo y político, es *aquella situación deseable*, una situación cambiante, el ideal del bienestar psicosocial, la capacidad de ser productivo y de tener un rol en la sociedad (Gavidia y Talavera, 2012, pp. 163-164). En contraposición a lo descrito está la enfermedad. Salud y enfermedad son conceptos interdependientes, que deben ser analizados desde múltiples perspectivas y no solo desde la biológica, teniendo en cuenta que, como fenómeno dinámico, se hace cada vez más difícil separar el aspecto biológico en los procesos de atención en salud.

A la pregunta planteada inicialmente en la que se indica que Colombia adoptó un modelo de seguridad social que oferta tal protección a partir de seguros públicos obligatorios *que separan* la asistencia según la causa u origen del riesgo, ¿es posible destruir o alterar la unidad de la persona cuando la asistencia se reconoce de forma diferente según la causa u origen del riesgo, como lo establece el Sistema de Seguridad Social de Colombia? La respuesta es afirmativa, no en la destrucción, pero sí en la alteración de la unidad. Establecer la prevención, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad a partir de su origen desconoce la multicausalidad de la enfermedad y sus aspectos de orden social, cultural, económico y político. Temas como la comorbilidad y multimorbilidad[2] conllevan a la transformación en la comprensión de la relación salud-enfermedad entendiendo que a la persona se le debe observar desde su integridad, como una unidad, desde la multicausalidad de la enfermedad y con un sentido social, cultural, económico y laboral de la salud. Este binomio, salud-enfermedad es un componente esencial de la persona, un proceso constante por el cual trabajamos individual y colectivamente y así contribuir a una calidad de vida digna.

Bajo la anterior perspectiva, toma sentido los postulados del modelo ecológico en el que "la salud es un fenómeno psico-biológico y social dinámico, relativo y muy variable en la especie humana" (Goberna, 2004, p. 48), en el que se presentan tres componentes: 1) subjetivo (bienestar), 2) objetivo (la capacidad) y 3) psicosocial (adaptación de la persona al medio) (Goberna, 2004, p. 48). Lo importante no es la causa de la enfermedad, tema que ha ocupado gran parte de la historia de la medicina y el estudio de la relación salud-enfermedad; en la actualidad toma relevancia la búsqueda del equilibrio entre las condiciones materiales (condiciones de la vida, laborales), los factores conductuales y biológicos y, los factores psicosociales como condiciones determinantes de la oportunidad de tener una buena salud buscando reducir la desigualdad derivada de la posición y clase social, del género, etnia, nivel de educación, la ocupación y de los ingresos de la persona, sumado al contexto político y de

[2] La OMS define la comorbilidad como "la presencia de dos o más condiciones de salud". Lo explica en su artículo Fernández-Niño y Bustos-Vázquez (2016), indicando que incluyen tanto aspectos clínicos como no clínicos (p. 190); mientras que la multimorbilidad se define como "cualquier combinación de una enfermedad crónica con al menos otra enfermedad (aguda o crónica), o con un factor psicosocial (asociado o no), o con un factor somático" (Fernández-Niño y Bustos-Vázquez, 2016)

gobernanza del cual se deriva en mayor o menor medida el desarrollo del estado de bienestar, que al final se representa en los resultados de salud (mejores indicadores), así como mejor desigualdad, como lo refiere en su modelo la Organización Mundial de la Salud (OMS) (Solar, 2010), incorporando al modelo ecológico los postulados de la sociología de la salud.

2.2. DERECHO A LA SALUD DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS

El presente capítulo aborda los postulados teóricos relativos al derecho a la salud a partir del marco de los derechos humanos. Como individuos, personas integrantes de la sociedad hemos olvidado la humanidad y la salud como una condición intrínseca a esta. En la evolución médico-sanitaria, la constante búsqueda a la *cura* a las enfermedades ha generado que ciertas condiciones afecten la humanidad como una cualidad de las personas y aunque tales condiciones han contribuido exitosamente a la prevención, diagnóstico de las enfermedades y su tratamiento, tienen como efecto la despersonalización de la persona como paciente y a su vez la *división* de la unidad, además de llevar a la sociedad a rechazar aquellas condiciones de salud no aceptados por lo considerado *normal* (Goberna, 2004, p. 52).

Es necesario tener presente como se describió en el capítulo anterior, que la persona es el sujeto de cuidado y protección de los sistemas de salud y de protección social en caso de presentar una afección en su salud o cuando se encuentra ante una situación de vulnerabilidad ya sea de orden social y económico. Por ello y bajo el entendido que la unidad es una propiedad de todo ser, es decir de la persona, es importante reflexionar acerca de este atributo esencial y su relación con la salud, el derecho y lo humano.

Para ello, a continuación, se presentan lineamientos teóricos relativos a la salud y los diferentes modelos explicativos de la relación salud-enfermedad y desde el punto de vista del derecho, la salud como un derecho humano, fundamental y social y económico; al finalizar el capítulo se hace referencia a la conceptualización de los sistemas de salud.

2.2.1 Conceptualización de la Salud

Desde diversos puntos de vista teóricos, la noción de salud se encuentra principalmente relacionada con el aspecto orgánico y funcional de las personas. Su evolución conceptual y teórica va más allá de la interpretación biológica, de tal forma que en el ejercicio analítico se incluyen otros factores determinantes, y por ello, ya no es posible indicar que solo se trata de la ausencia de la enfermedad, sino que implica condiciones que favorezcan la calidad de vida (Figueroa, 2013), individual y colectiva (Navarro, 1998).

La perspectiva biologicista y funcional, en donde la concepción de salud estuvo asociada siempre por la enfermedad, estuvo presente hasta mediados del siglo XX. Superando el aspecto biológico, sobrevienen variados abordajes disciplinares que involucran no solo lo físico, sino aspectos sociales y psicológicos (Valenzuela, 2016), reconociendo así la multicausalidad como origen de la enfermedad y como parte del bienestar de las personas (Delgado, 2016).

En la actualidad, es la Organización Mundial de la Salud (OMS), quien formula los referentes teóricos que rigen en la mayoría de los países miembros a través de sus sistemas de salud. En su Constitución firmada por los Estados miembros en 1946 y que entró en vigor en 1948 describe los principios orientadores, realizando la siguiente declaración: "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*"* (OMS, 2014, p. 1).

Muchas han sido las críticas al enunciado propuesto por la OMS, pero en general existe un alto grado de aceptación por parte de los Estados debido a su carácter abstracto, multicausal, multidimensional y cultural. Alcántara (2008) en su estudio, reúne los principales debates y a su vez las ventajas del término acuñado por la OMS. Entre las principales críticas, cita las de San Martín y Pastor (1989), Vicente Navarro (1998), Roberto Briceño-León (2000) y Carlyle Guerra de Macedo (2002). Las discusiones giran en torno a los vacíos epistemológicos relativos a la universalidad del concepto, por cuanto se deja la libertad a cada Estado, desde su política pública, definir lo que considera como *salud* y *completo*

bienestar. En el mismo sentido, indica que la definición trae implícita la presencia de la normalidad; es decir la salud vista como una condición normal, obviando otras condiciones diferentes a ésta y por último las dificultades de establecer las responsabilidades que recaen en las instituciones del sector salud y otras relacionadas con éstas, cuando se vincula el bienestar con la salud (Alcántara, 2008).

Las ventajas y citando a Benito Ramos-Domínguez (2006) y Laura Moreno-Altamirano (2007) entre otros, declara Alcántara (2008), se resalta principalmente que la OMS va más allá del enfoque asistencialista que imperaba hasta ese momento, de tal forma que no solo se trata de circunstancias biológicas sino también del orden social. Destaca la integralidad inmersa en el término, en la medida que la complejidad del fenómeno tiene como consecuencia su estudio desde diversas disciplinas, de tal forma que facilite la comprensión de las múltiples dimensiones que la afectan (Alcántara, 2008). Así mismo, Delgado (2016) en su estudio, describe como históricamente han existido lazos estrechos entre las nociones de salud y enfermedad, siendo cada uno de ellos condición necesaria para la existencia del otro y en todo caso un fenómeno en constante evolución, en el que además de los factores externos e internos que determinan la salud, influyen otros como "las percepciones y juicios que realizan las personas acerca de su estado y condiciones de salud entre otras" (p. 28).

Bajo esta perspectiva la salud deja de ser una situación individual y se lleva al plano colectivo, en el que para su investigación se requieren múltiples metodologías provistas por campos ajenos a la biología y la medicina, como propios de las ciencias sociales, políticas y económicas, que son analizados como variables externas que intervienen en las condiciones de salud de la población.

En este mismo sentido y ante la complejidad de los factores que afectan la salud, su constante y dinámica evolución, llevan a que su concepción e interpretación se pueda analizar desde varios enfoques. McCartney et al. (2019) analizan las diferentes definiciones de salud planteadas por algunos teóricos incluyendo la establecida por la OMS y a manera de comparación concluye que las conceptualizaciones de otros autores, introducen mayor *flexibilidad* en lo concerniente a las realizaciones y aspiraciones de la persona según su

contexto, además de las consideraciones sociales y evolutivas, que indican que la salud no es un fenómeno estático sino que evoluciona de acuerdo a los cambios personales, sociales y culturales. Pero aun así las definiciones desconocen aspectos importantes como las dinámicas de la morbilidad y mortalidad de los grupos poblacionales.

Al presentar una revisión, análisis y síntesis de la literatura actualizada de las nociones de salud, el estudio de McCartney et al. (2019) titulado "*Defining health and health inequalities*", sus resultados son utilizados como referente principal en el presente marco teórico en lo que respecta de la conceptualización de salud.

Lo primero que se indica en el mencionado estudio, es que el concepto ya descrito de salud definido por la OMS en 1948, se debe interpretar a la luz de la adición que realiza el mismo organismo en el año 1986, mediante la noción de *promoción de la salud* incluida en la Carta de Ottawa, que se describe como:

> *"*La promoción de la salud consiste en proporcionar a los pueblos los medios necesarios para mejorar su salud y ejercer un mayor control sobre la misma. Para alcanzar un estado adecuado de bienestar físico, mental y social un individuo o grupo debe ser capaz de identificar y realizar sus aspiraciones, de satisfacer sus necesidades y de cambiar o adaptarse al medio ambiente. La salud se percibe pues, no como el objetivo, sino como la fuente de riqueza de la vida cotidiana. Se trata por tanto de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales así como las aptitudes físicas. Por consiguiente, dado que el concepto de salud como bienestar trasciende la idea de formas de vida sanas, la promoción de la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario" (OMS, 1986, p. 2).

Pero a su vez, a partir de diversas definiciones de salud alternativas, que según los autores son menos absolutistas y de menores aspiraciones que la enunciada por la OMS, mencionan y comparan las definiciones más contemporáneas determinando así las siguientes características que definen la salud (McCartney et al., 2019):

- La salud es el logro de un estándar común. Se trata de un proyecto asociado al logro de una *pretensión* o también en desde la probabilidad de obtener tal resultado, aspecto

relacionado directamente con las expectativas de la población de acuerdo con el contexto y a la situación personal.

- La salud es el logro de un resultado *ideal* haciendo alusión a dos grupos de personas, los sanos y enfermos, estos últimos como consecuencia de no alcanzar el *estado completo de bienestar*, constituyéndose en una noción de tipo absolutista. Como lo indican los autores, esto desconoce la posibilidad de contar con condiciones saludables en algunas situaciones como la vejez y la discapacidad, lo cual indica que la pérdida de funcionalidad, no siempre se debe comprender como la pérdida de salud.
- La salud es experiencial. Bajo esta premisa, la salud es el resultado de la experiencia resultante de la afectación de la capacidad. Es necesario entonces, analizar de forma conjunta la *experiencia de la salud de la persona* como un valor sumado a sus capacidades, por cuanto la afectación positiva o negativa de la salud altera las capacidades de las personas. Esto evita que la experiencia de la persona en cuanto a su salud no sea reducida al plano funcional, como el ser productivo a la sociedad.
- La salud es la capacidad de funcionar y participar. La salud no solo debe definirse por la capacidad o no de *hacer* o ser productivo a la sociedad, también debe incluir la participación de las personas en la sociedad. De esta forma sus emociones, dolor y cualquier otra situación asociada a su experiencia afectan la capacidad de participar en la sociedad. La inclusión de la participación permite que al momento de analizar la salud se identifique el contexto en el que se presenta y así se promueve la cultura de la inclusión de personas con discapacidad.
- La salud se define por sus determinantes. Aquellas definiciones que interpretan la salud a partir de sus factores determinantes, realmente se limitan a establecer las causas de ésta y no se consideran como suficientes para definir la salud en sí misma.
- La salud es un fenómeno individual y poblacional.
- La salud es un fenómeno multidimensional. La salud como experiencia tiene una naturaleza holística, tanto así que las recientes conceptualizaciones incluyen aspectos como los asociados a la salud mental y física.
- La salud se define por el control que las personas tienen sobre sus vidas. La salud ejerce una importante influencia en la forma como las personas llevan su vida, pero

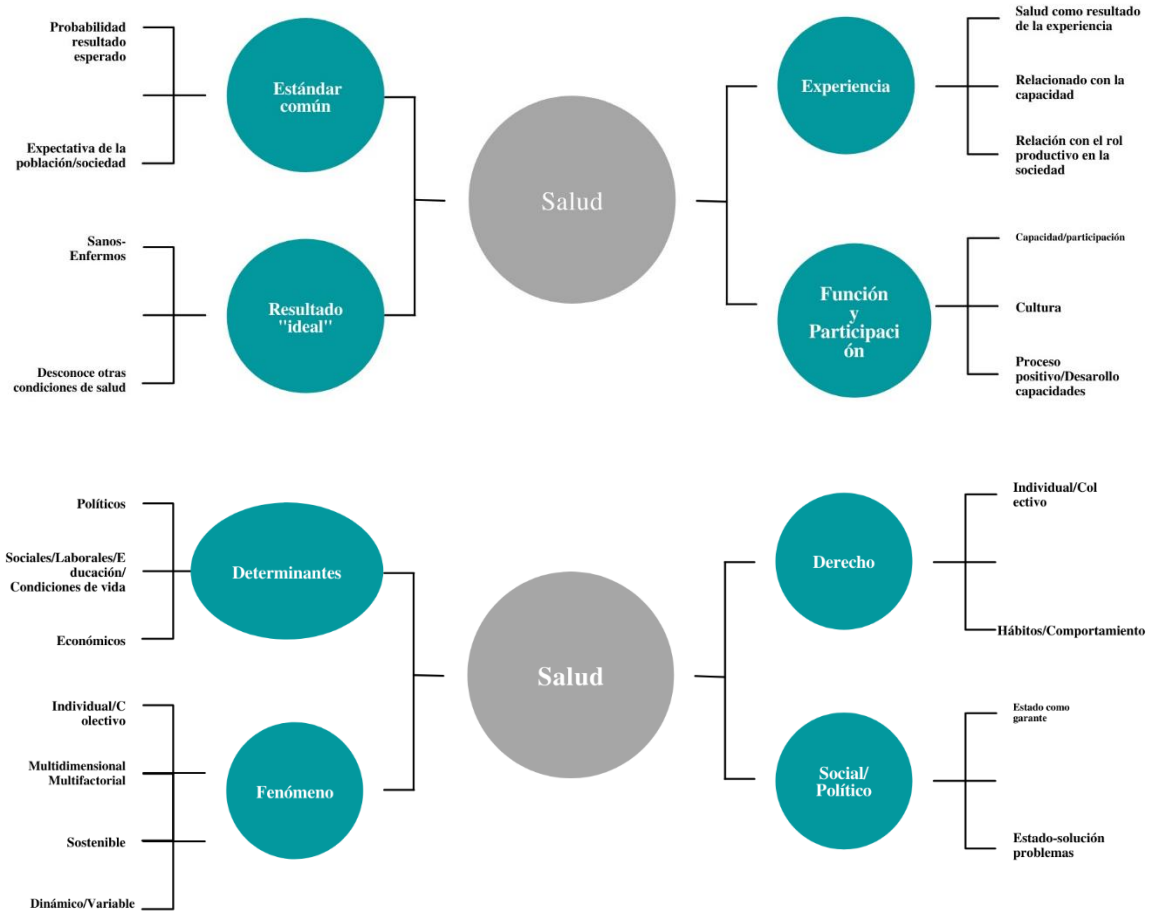
así mismo existen otros factores de orden social, económico y político que afectan la vida de las personas en cuanto a sus necesidades y expectativas.

- La salud tiene que ser sostenible. En este caso, la salud debe ser sostenible, de ahí la importancia del reconocimiento social de lo esperado como salud o no salud, lo cual se refleja en la expectativa individual y colectiva.
- La salud como proceso positivo, en el que se desarrollan en un nivel máximo las capacidades personales (autorrealización personal y social).
- La salud es un fenómeno dinámico y es un concepto determinado por el consenso de la colectividad y aceptada por las personas que hacen parte de ella; así mismo su variabilidad se encuentra relacionada con las condiciones históricas, culturales y sociales de la comunidad. Es una condición relativa presente en la salud individual y colectiva y se representa en la relación salud-enfermedad.
- La salud es un derecho individual y colectivo, por lo tanto, es la persona responsable de cuidar y mantener su salud con independencia de las acciones generadas por el sistema de atención en salud. Por ello, la autonomía se representa en hábitos y comportamientos que afectan positiva o negativamente la salud de las personas.
- La salud tiene un carácter social y político, por lo tanto, le corresponde al Estado dar solución a las problemáticas asociadas a la salud de la población, en todo caso se requiere de la participación de la comunidad en la solución a tales problemas.
- La salud es multifactorial, lo que implica que como fenómeno debe ser estudiado y analizado por equipos interdisciplinares y con una visión integral. Este enunciado se relaciona con la salud individual y la salud colectiva que tienen factores interdependientes, por lo tanto, el enfoque de la atención en salud debe ir más allá del tema curativo y enfocarse en la modificación de conductas que afectan la salud, ya sea positiva o negativamente.
- El concepto de salud tiene tres componentes. Primero el bienestar como condición subjetiva, en segundo lugar, la capacidad como elemento objetivo y por último el ecológico como la adaptación de la persona en el orden psicológico, social y ambiental. Esta es la razón de la dificultad a la hora de establecer la línea divisoria entre salud y enfermedad, ya que la salud no tiene un carácter absoluto, sino que varía de acuerdo con al contexto de las personas.

- El concepto de salud y la salud misma tienen otras dimensiones como las condiciones de vida, el contexto económico, las condiciones emocionales, espirituales y mentales. Esta característica la describe con mayor detalle Delgado (2016), que además incluye como factores relativos a la salud:

  La globalización, la educación, seguridad social, relaciones sociales, alimentación, ingreso económico, empoderamiento de la mujer, ecosistemas estables, uso de recursos sostenibles, justicia social, derechos humanos, acceso a las tecnologías de la información, aumento de la esperanza de vida libre de discapacidad y la paz (pp. 28-29)

Figura 1. Características del concepto de salud.



Fuente: elaboración propia a partir de la propuesta de McCartney et al. (2019)

2.2.2 Modelos teóricos de la Salud y la enfermedad

Con el propósito de conocer cuál ha sido la evolución del concepto de salud en la historia de la humanidad, se presenta a continuación la síntesis de los principales modelos que han explicado la relación entre la salud y la enfermedad.

- *Modelo Mágico-Religioso*

Este modelo predominante en las primeras civilizaciones y presente hoy en día en comunidades indígenas y similares sustenta la aparición de la enfermedad como efecto del castigo que emerge de fuerzas superiores, de orden mágico, espiritual o religioso. El desconocimiento de las causas de la enfermedad en tales sociedades se constituye en las condiciones que determinan la relación salud-enfermedad, por lo tanto, la asistencia se concentra en lo curativo. Hoy en día, aún en muchas comunidades particularmente indígenas, la representación de estas prácticas está en personajes como chamanes, brujos y curanderos (Belén, 2011).

- *Modelo biomédico*

Esta aproximación teórica tiene como principal característica es la consideración del proceso biológico como agente de la enfermedad en las personas. Por lo tanto, su naturaleza determinista, indica que la causa de la enfermedad es de tipo sistémico, en la medida en que ésta es efecto de la alteración de un órgano o función por causa de una situación externa, afectando así la funcionalidad del cuerpo humano. Esta visión está enfocada en el diagnóstico y curación de la enfermedad, dejando de un lado otras variables condicionantes como puede ser el contexto social, ambiental, histórico y cultural, así como su evolución y los múltiples factores que pueden ser el origen de esta. Este paradigma enfatiza en la prestación de los servicios y en usar la práctica médica como un fin que justifica la atención de la enfermedad desde su origen (Belén, 2011).

- *Historia Natural de la Enfermedad (HNE)*

Los fundamentos teóricos de este paradigma pretenden abordar otros elementos, de índole externo al individuo, como determinantes del proceso salud enfermedad. Esta relación se

transforma y evoluciona no solo por agentes biológicos. En el progreso de la enfermedad se hace necesario analizar factores de orden geográfico, ambiental y epidemiológico. Por ello, el modelo contextualiza el estudio de la enfermedad en el análisis de factores de riesgo de tipo biológico, social, político, económico y cultural. En este modelo prima la prevención como mecanismo para el cuidado de la salud, de tal forma que se prevengan los efectos de la enfermedad como puede ser la incapacidad, discapacidad, invalidez o muerte (Belén, 2011).

- *Modelo Histórico-Social*

En el enfoque de este modelo, prima el análisis social y económico como determinantes en el proceso salud-enfermedad. Como parte de lo social, se considera fundamental el estudio de las condiciones de trabajo, la calidad de vida individual y de la colectividad, así como los ingresos, estilos de vida, nivel de formación y los riesgos en el trabajo. Como parte de su componente teórico plantea la conceptualización del proceso salud enfermedad como un hecho social, por lo tanto, justifica porqué unos grupos sociales se enferman y mueren de enfermedades que no afectan a otros de diferente nivel social en determinado momento de la historia (Belén, 2011).

- *Modelo sistémico*

Basado en la Teoría de Sistemas, enuncia una serie de componentes que se relacionan entre sí para explicar la complejidad de la relación salud-enfermedad. Desde esta perspectiva, todo aquello que hace parte del conjunto que forma el sistema puede generar efectos en los demás elementos. Es así, como el modelo sistémico explica la relación salud enfermedad como una causalidad multivariada y un fenómeno dinámico. Es decir, que es el resultado de conjugar factores extrínsecos e intrínsecos, por lo tanto, su intervención debe ser naturaleza interdisciplinar (Belén, 2011).

- *Modelos Socio-culturales*

Este paradigma realiza el abordaje de la relación salud enfermedad desde el ámbito individual y psicosocial. En este sentido, se analiza la afectación funcional y como la enfermedad modifica y altera la experiencia de la persona, sus roles y relaciones cotidianas. La

enfermedad entonces es una construcción social, y su concepción se transforma de acuerdo con la interpretación individual y social de los síntomas (Belén, 2011).

Este enfoque como resultado de la reflexión de la evolución de los procesos salud-enfermedad, tiene sus inicios modernos posterior a la segunda guerra mundial y se consolida en el siglo XXI, estableciendo como eje de estudio los determinantes de la salud, desde la perspectiva de la sociología de la salud. Bajo esta perspectiva la salud es un constructo social que obedece a la historia individual, clase social y a su contexto social, político y económico. Entre los principales factores de análisis se encuentra la educación, edad y el trabajo (Rodríguez, 2018). Bajo la perspectiva social de la salud se indagan aspectos como la influencia de la clase social, los estilos de vida, la educación, entre otros factores sociales que intervienen en la salud y la enfermedad, además de la función social de las entidades que tienen a cargo la prestación de servicios de salud y la relación entre los sistemas de salud y otros sistemas de carácter social (Balarezo-López, 2018).

- *Modelo de los Determinantes Sociales de Salud (Organización Mundial de la Salud-OMS)*

Este modelo de orden socio-cultural ha sido descrito por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y es usado por sus Estados miembros como referente teórico en el que sustentan las políticas y normas legales en materia de salud, bajo la premisa de la equidad en salud.

Como antecedente histórico, la Constitución de la OMS (1948) incluye los factores sociales y políticos como condicionantes de la salud, sin embargo, en la década de los 50´s y 60´s, los gobiernos, orientan sus políticas sectoriales hacia la ejecución de campañas encaminadas a la prevención y control de ciertos grupos de enfermedades, dejando de un lado el contexto socio-político. Es así, que solo hasta la Declaración de Alma-Ata (1978) que trata la Atención Primaria en Salud, se reforzó el criterio de abordar los factores sociales a través de programas intersectoriales y así contribuir a la equidad en salud (Solar, 2010).

De ésta forma varios gobiernos pusieron en marcha el principio de la acción intersectorial, pero la entrada de modelos económicos neoliberales en la década de 1980 llevó a que los

gobiernos redujeran de forma importante la inversión social en aras de cumplir con exigencias de orden internacional en torno a políticas macroeconómicas impuestas por organismos internacionales, lo que ha llevado a favorecer los criterios de la eficiencia sobre la equidad (Solar, 2010). De esta forma, entre 1990 y 2000 se generan varios estudios que demuestran el fracaso de tales modelos de salud, siendo el insumo para la reformulación de políticas y estrategias en torno a la equidad en salud, especialmente para países desarrollados y de allí surge la necesidad para la OMS de revisar la problemática global en la materia.

En el año 2005, el Doctor Lee, Director General de la OMS, creó la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud (CSDH, por sus siglas en inglés), como "una red mundial de instancias normativas, investigadores y organizaciones de la sociedad civil que la Organización Mundial de la Salud (OMS) reunió para ayudar a afrontar las causas sociales de la falta de salud y de las inequidades sanitarias evitables" (OMS, s.f.). Este grupo de investigadores, se tiene como propósito analizar los factores sociales que inciden en el crecimiento, la vida, el trabajo y la vejez de la población, por lo tanto su interés va más a allá de las causas de la enfermedad, buscando aquellos factores relacionado con la inequidad en salud y presentes en determinados contextos políticos y sociales, de tal forma que a partir de su análisis y evaluación de los registros emiten una serie de recomendaciones de orden político, que desde su punto de vista deben ser implementados de acuerdo a la situación de cada país (OMS, s.f.).

En su informe la OMS analiza varios componentes bajo la perspectiva de la justicia social, específicamente en lo que respecta de las desigualdades sociales y la inequidad en salud (OMS, 2009; OMS, 2008). Es así, como tal organismo parte del supuesto que la salud de la población es el efecto de la estructura de las sociedades en un mundo globalizado y se caracteriza por ser un complejo y dinámico conjunto de relaciones de orden político, normativo e institucional, que debe ser analizado por los gobiernos, desde la visión de la salud pública, de tal forma que le permita afrontar los retos en torno a la salud colectiva. Entonces, este modelo se sustenta en tres principales teorías, que, para la CSDH, no se excluyen entre sí y son: (1) enfoques psicosociales; (2) generación social de la enfermedad / economía y política de la salud; y (3) teorías eco-sociales (Solar, 2010, p. 4).

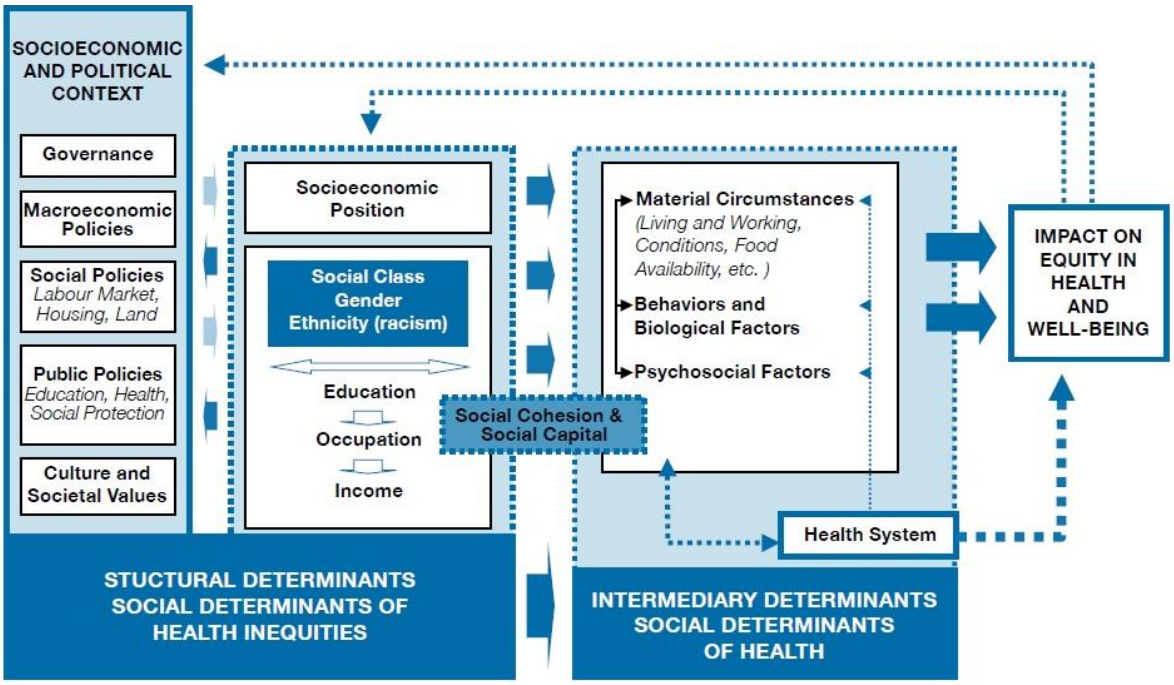
La estratificación de la causalidad de la enfermedad se explica en las teorías enunciadas a partir de la posición social o el rol que tiene cada persona en la sociedad, por lo tanto, los criterios de: 1) selección social, o movilidad social; 2) causalidad social; y 3) perspectivas del curso de la vida, son los usados por el modelo de la OMS para explicar las inequidades en salud. Bajo este enfoque, las variables sociales que determinan la salud de la población se encuentran en la estratificación social creada por la estructura social, en la cual se les asigna a las personas diferentes posiciones sociales y esto trae como consecuencia que la exposición a condiciones que causan daño a la salud se presenta más en determinados grupos sociales vulnerables y las consecuencias económicas y sociales se presentan de forma diferente con mayor o menor ventaja para determinados estratos sociales (Solar, 2010).

La interpretación realizada por la OMS del papel que juega la estratificación social como determinante de la salud, incorpora dos conceptos. Por una parte, el poder político entendido como el ejercicio del poder social colectivo en pro de sus derechos humanos, de tal forma que su representación se encuentra en el trabajo conjunto de las comunidades vulnerables y la responsabilidad del estado. Por otra parte, está la necesidad de diferenciar entre "las causas sociales de la salud" y "los factores sociales que determinan la distribución de estas causas entre los grupos más y menos favorecidos" (Solar, 2010, p. 5).

Es así, como el modelo de la OMS (figura 2), incorpora unos determinantes estructurales y otros determinantes intermedios. En el primer grupo se encuentra las posiciones socioeconómicas derivadas de la estratificación social por el ingreso, la educación, la ocupación, el género, la raza / etnia y otros factores. Estos son el origen de los determinantes intermedios, grupo en el que se catalogan las condiciones materiales (condiciones de vida, trabajo, alimentación, etc), factores de comportamiento y biológicos; y factores psicosociales. Son los determinantes intermedios los que tienen una relación directa con la condición de salud, debido a la exposición y vulnerabilidad de ciertos grupos poblacionales debido a su estatus social (Solar, 2010).

Adicionalmente, se encuentra el contexto socioeconómico y político que contiene las políticas e instituciones públicas y los mecanismos que las desarrollan, así como el sistema de valores sociales y culturales. La CSDH realiza especial énfasis en "el estado de bienestar y sus políticas redistributivas (o la ausencia de tales políticas)", como factores que tienen mayor efecto en la salud (Solar, 2010, p. 5). Por último, se encuentran los mecanismos estructurales como definitorios de la posición social y económica de las personas y su acceso a los recursos (Rodríguez Ávila, 2018). Es así como, "los mecanismos estructurales están arraigados en las instituciones y procesos clave del contexto socioeconómico y político" (Solar, 2010, pp. 5-6;).

Figura 2. Marco de Referencia conceptual elaborado por la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud (CSDH, por sus siglas en inglés).



Fuente: Solar, 2010, p. 6

En este escenario, la OMS reflexiona en torno al concepto de equidad en salud, definido por la misma Organización como "la ausencia de diferencias en la salud injustas y evitables o remediables entre los grupos de población definidos social, económica, demográfica o geográficamente" (Solar, 2010. p. 12).

Como conclusión de esta primera parte, el presente estudio acoge los lineamientos de las teorías socio-culturales en su análisis, por ello inicialmente es posible indicar que la salud es un fenómeno social, un proceso complejo resultante de la relación entre aspectos biológicos, ambientales, culturales, laborales, sociales, políticos, legales y económicos; a su vez es una condición dinámica, variable, multifactorial, multidimensional, individual y colectivo, el estado en el que una persona se puede encontrar en determinado momento de su ciclo vital; y por último un derecho humano entendiendo que el binomio salud-enfermedad es un componente esencial de la persona, un proceso constante por el cual trabajamos individual y colectivamente en la búsqueda de una calidad de vida digna.

2.2.3. La Salud desde la perspectiva de los Derechos Humanos

Entendiendo la noción de *derecho* desde una connotación jurídica, es posible indicar que se tratan de aquellas facultades y obligaciones derivadas de la naturaleza de la persona y que la conducen al logro de sus fines en la vida y en el caso particular de los derechos humanos, tales facultades y obligaciones se sustentan en la dignidad humana como un atributo intrínseco a la condición humana y al desarrollo integral de la persona, sin ningún tipo de distinción y bajo los principios de la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (Naciones Unidas, 1948; CNDH. México, s.f.). La salud es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Humanos (artículo 25) (Naciones Unidas, 1948).

Históricamente, el concepto de los derechos humanos se asocia a situaciones y necesidades del orden individual y colectivo, específicas y presentes en un periodo de tiempo, que demandan protección. Por ello, los derechos humanos y el Estado Social de Derecho, se constituye en una alianza en pro de la garantía y defensa de tales derechos, teniendo como principal propósito la dignidad de la persona, esencia del Estado Democrático (Lozano, 2009). Retomando la perspectiva de Lozano (2009), “los derechos humanos son exigencias imperativas vinculantes porque comprometen la realización de la persona como verdadero ser humano vinculado a una sociedad” (p. 38); es decir, su carencia, vulneración o inexistencia afectarían la dignidad humana, por ello la razón de ser irrenunciables.

La constante evolución del constructo acerca de los derechos humanos, lo convierte en una compleja y dinámica noción que recoge elementos jurídicos, políticos, filosóficos anclados en el contexto cultural de los pueblos; y por su evolución constante, es necesario que sean positivizados, de tal forma que se pueda garantizar su protección, lo cual no implica el reconocimiento de bienes jurídicos subjetivos. Prueba de ello es la normatividad internacional con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, seguido del Pacto Internacional de los Derechos Sociales y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y su expresión en el plano nacional a través de la Constitución Política de Colombia (Lozano, 2009, p. 40).

Así mismo y desde la perspectiva de Lozano (2009), la conceptualización del derecho humano y sus características antes enunciadas, conciernen a la persona, y por ello, cataloga los requisitos a partir del análisis de sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, en dos dimensiones: a) Ontológica y b) Jurídica (p. 42). En la figura 3 se observan los descriptores que determinan las dimensiones de los derechos humanos y desde la perspectiva de Lozano (2009), su representación en la Constitución Política Colombiana (pp. 42-47).

Figura 3. Dimensiones de los Derechos Humanos.

Fuente: elaboración propia a partir de lo descrito por Lozano (2009).

Continuando con el análisis, particularmente en el plano del derecho a la salud como un derecho humano, se realiza el estudio de lo descrito por la OMS frente al término de equidad en la salud, definida como "la ausencia de diferencias injustas y evitables o remediables en la salud entre los grupos de población definidos social, económica, demográfica o geográficamente" (Solar, 2010, p. 12).

Desde esta perspectiva, la misma OMS indica que para la reflexión en torno al concepto mencionado retoma las premisas filosóficas de Amartya Sen y Anand, quienes plantean la necesidad de considerar la salud como un *bien especial* y la persona como un *agente* y a partir de éstas nociones enfatiza que la protección y las acciones de mejora para la equidad en salud son elementos de la *gobernanza justa*, siendo su principal característica la distribución equitativa por parte de las instituciones públicas a la luz de las siguientes consideraciones, lo cual es un elemento esencial de la libre elección de las personas en lo concerniente a su vida, porque:

> 1) la salud es directamente constitutiva del bienestar de una persona; y (2) la salud permite a una persona funcionar como un agente, por lo tanto las desigualdades en la salud se reconocen como desigualdades en la capacidad de las personas para funcionar (Solar, 2010, p. 12).

Es por ello, que la equidad en salud se explica a partir del enfoque de los derechos humanos. Sin pretender realizar un debate en torno al fundamento moral de los derechos humanos, el presente estudio retoma la postura de Hassoun (2015) en cuanto a la necesidad de comprender la legalidad del derecho humano a la salud, en la medida de lo que se pretende examinar corresponde a una situación fáctica y su utilidad se hace observable en la práctica legal y en este sentido, como lo indica la autora, se requiere comprender la ley (p. 275).

De acuerdo con lo anterior, el punto de partida es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (UDHR, por sus siglas en inglés), en cuyo preámbulo reconoce los derechos iguales e inalienables de las personas como fundamento de la libertad, la justicia y

la paz de las naciones (Solar, 2010). A su vez reconoce la igualdad como un derecho y por ello, toda condición o situación que lleve al trato no igualitario, entre la cuales se incluyen realidades del orden social y económico, se conciben como una vulneración a los derechos humanos (Naciones Unidas, 1948).

En el mismo sentido, la Declaración reconoce la seguridad social como un derecho humano de índole social, económico y cultural y así como el trabajo, se consideran requisito indispensable para el logro de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, de tal forma que insta a los Estados a destinar los recursos y establecer las medidas de protección social que sean necesarias para compensar la falta de trabajo o de salario. Sumado a esto, la salud, el bienestar, la asistencia médica y los seguros en materia de protección social, son derechos ligados a la vida y garantizan los medios de subsistencia frente a las adversidades que pueda presentar la persona en un determinado momento de su ciclo vital (Naciones Unidas, 1948).

De esta forma la Declaración deja clara la naturaleza social de las personas, que como miembros de la sociedad y pertenecientes a un grupo social, gozan de determinadas garantías inherentes a su condición humana. La estructura y el contexto en el que la Declaración cita y describe los derechos humanos, se ajusta a la tipología de los derechos de primera y segunda generación. En la primera categoría se encuentra a manera de ejemplo, la vida y la integridad física, mientras que la salud, el trabajo y la seguridad social, son parte de los derechos económicos y sociales o de segunda generación (Talavera, 2016).

Las relaciones entre salud, derechos humanos, así como entre el derecho a la salud y los factores sociales y económicos se describen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (ICESCR, por sus siglas en inglés) (Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado, 1966; Solar, 2010). En concordancia con lo anterior se suman los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) como producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro en 2012, cuyo liderazgo se encuentra en cabeza del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) como principal órgano de la Naciones Unidas. Estos ODS se consolidan como una serie de metas y acciones globales cuya aplicación se da

a partir de 2016. A su vez los ODS, como parte de la Agenda 2030 tienen como propósito general “poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad” (Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado, 1966) (Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado, 1966) . De los diecisiete ODS planteados (figura 4), se considera que son tres de ellos los que se relacionan directamente con la materia de investigación (Naciones Unidas, 2015; PNUD, s.f.)

El primero, garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades (Objetivo 3). Como lo indica la meta, la salud es un determinante del desarrollo sostenible y por ello, exhorta a la reducción de la disparidad económica y social, así como contemplar los efectos relativos al cambio climático y del medio ambiente y el surgimiento de nuevos problemas de salud. Solicita entonces la intervención multisectorial bajo la creación de un marco regulatorio y con perspectiva de género.

El segundo, promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos (Objetivo 8). Esta meta tiene como propósito que los países establezcan políticas que promuevan la creación de empresa y a su vez de empleo con vinculación de nuevas tecnologías y aumento en la productividad, en todo caso bajo el marco de las Políticas de Trabajo Decente definidas por la OIT.

Y por último, reducir la desigualdad en y entre los países (Objetivo 10). En este punto, se hace especial énfasis en la desigualdad de ingresos y para ello acciones de tipo político, de regulación y control de los mercados, inversión extranjera y estrategias migratorias son la clave para el logro de lo propuesto.

Figura 4. Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Fuente: Naciones Unidas, 2015

Es por ello, que abordar la salud desde la perspectiva de los derechos humanos, implica considerar todas las condiciones de la persona, y de esta forma, los Estados a través de sus políticas, programas y estrategias deben corregir aquellas condiciones de desigualdad y discriminación, de tal forma que puedan cumplir el logro del goce efectivo del derecho a la salud (Jerez, 2018).

Los principios que expone Jerez (2018) a partir de lo enunciado en la Declaración y Pactos Internacionales de los Derechos Humanos enunciados anteriormente, se constituyen en mecanismos orientadores para el logro efectivo del derecho a la salud. Entre estos principios se encuentra la no discriminación, que involucra la necesidad de garantizar el derecho a la salud sin discriminación de ninguna índole y entre las diversas situaciones que menciona, describe que tampoco debe presentarse la discriminación relativa a la condición social y al estado de salud (que debe entenderse como una condición diferente a la discapacidad) (p. 39).

2.2.4 La Salud como Derecho Social y Económico

Si bien es cierto la salud es un derecho humano, la Carta de los Derechos Humanos lo cataloga como un derecho social y económico, que a su vez se desarrolla en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (ICESCR). Villán (2009) relata en su obra la evolución histórica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturares (DESC), destaca cuatro hechos históricos a manera de antecedentes (p. 9) (Villán Durán, 2009, pág. 9) :

a) La Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado (4 de enero de 1918), a finales de la primera guerra mundial y en pleno desarrollo de la Revolución rusa, como oposición a las siguientes declaraciones que se enuncian a continuación.
b) La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución francesa (1789).
c) La Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776) y;
d) La Declaración Americana, de la independencia de Estados Unidos (4 de julio de 1776).

Entre todas las anteriores, Villán (2009) indica que solo en la Declaración Rusa, se incorpora el reconocimiento de derechos como el derecho al trabajo, a la educación, al salario digno, jubilación, entre otros, fruto del reconocimiento de la clase obrera. Este antecedente es retomado por la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución Alemana de Weimar en 1919, primeras en incluir en sus constituciones además de los derechos civiles y políticos, los del orden social, económico y cultural, entre los cuales se enunciaba "*la seguridad e higiene en el trabajo*". Desde un principio, la interpretación de los DESC ha sido en el contexto de "*derechos de prestación*", por esta razón es el Estado quien debe garantizar su ejercicio mediante acciones positivas (p. 10).

En ese mismo sentido y a manera de recordatorio, en el derecho fundamental se reconocen tres obligaciones por parte del Estado (Figueroa, 2013). La primera, vista como una obligación negativa de respetar el derecho, la segunda, como la obligación positiva de

proteger el derecho y por último, como el conjunto de obligaciones positivas "de hacer cumplir o satisfacer el derecho" (Villán, 2009, pp. 28-30).

En el contexto descrito, es España en 1978, el primer país en describirse en su constitución como Estado Social, Democrático de Derecho, y así mismo coloca en el mismo plano de igualdad los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales, aunque con la distinción planteada en el párrafo anterior, por lo tanto, para los DECS se requieren de acciones positiva del Estado para su goce (Villán, 2009) (Villán Durán, 2009, pág. 11) .

De acuerdo con Villán Durán (2009), el conflicto entre el capitalismo y socialismo y la tensión política durante la guerra fría, es la causa de la separación entre derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, haciéndose evidente en la generación de dos tratados internacionales derivados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: por un lado el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y por el otro, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El primero más importante para el occidente, de orden capitalista, mientras que el segundo Pacto, con mayor auge en países comunistas (p. 16).

Es entonces, con la caída del comunismo en 1989, que nuevamente las Naciones Unidas pueden desarrollar con total plenitud la Carta, realizando una serie de eventos internacionales que tienen como propósito analizar las problemáticas globales de derechos humanos básicos y del contexto económico y social, lo que da origen a la Declaración del Milenio en el 2000, ratificada en la Segunda Cumbre Mundial de Jefes de Estado (Nueva York, 2005), en la cual se invita a los Estados a implementar políticas económicas y sociales para el logro de los objetivos del milenio, lo que claramente implica el reconocimiento pleno y efectivo de los DESC (Villán, 2009, p. 18).

El avance más importante es la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), producto de la Segunda Gran Conferencia de los Derechos Humanos, en la que se cita en el apartado 1 del párrafo 5:

> Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes, y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global y de manera justa y equitativa en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993, p. 19).

Lo anterior indica que no existe una jerarquía entre derechos y por ello, no hay rangos por importancia (Villán, 2009). En este caso, es tan importante el derecho a la salud, como al de la seguridad social y al trabajo, puesto que existe interdependencia entre ellos y cada cual tiene características y alcances que los definen. Este sería el paso para dar un trato igual a los DESC, frente a los derechos sociales y políticos. Lo anterior se consolida con el planteamiento de los ODS y el Modelo de los Determinantes Sociales de la Salud descritos en apartados anteriores, como una medida para reducir las desigualdades sociales y económicas en el mundo y desde el presente estudio, en salud.

En consecuencia, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), suscrito por Colombia, menciona en su artículo 1, la libre determinación de los recursos, lo cual se constituye en una condición necesaria, para la garantía y disfrute de tales derechos; de ésta forma, los estados tienen derecho a disponer de sus recursos y derechos naturales (Villán, 2009, p. 20). En los siguientes artículos se enuncian los derechos relacionados con el objeto de este estudio como el: Derecho al Trabajo (artículos 6 y 7), Derecho a la Seguridad Social (artículo 9) y Derecho a la Salud (artículo 12) (Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado, 1966).

Entre otras condiciones, el Derecho al Trabajo incorpora el mínimo vital para los trabajadores, condiciones dignas extendidas a su familia y la seguridad y salud en el trabajo, circunstancias que se relacionan directamente con la salud, como lo indica la OMS en el Modelo de Determinantes Sociales de la Salud. A su vez, sin mayor desarrollo, el Derecho a la Seguridad Social hace referencia a la presencia de mecanismos de protección social y por último, en el Derecho a la Salud, se enuncian garantías que conlleven a la generación de acciones encaminadas a la prevención de la mortalidad infantil; a la mejora de las condiciones de salud, higiene y seguridad en el trabajo y medio ambiente; a la prevención y tratamiento

de todo tipo de enfermedades, incluyendo las derivadas del trabajo y la creación de sistemas de salud que garanticen la asistencia médica en caso de enfermedad (Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado, 1966). Es en el PIDESC en donde se enuncia la definición del Derecho a la Salud (artículo 12), como el: "derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado, 1966).

Sin embargo, para Villán (2009), la dificultad para la aplicación efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra en la *progresividad* de estos derechos, principio enmarcado en el parágrafo 1 del artículo 2 del PIDESC (Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado, 1966. Tal desventaja, en comparación con los derechos civiles y políticos, pone de manifiesto que:

> Los derechos económicos, sociales y culturales, no pueden ser totalmente exigibles de manera inmediata y tampoco pueden ser justiciables y ser exigibles ante los tribunales de justicia (Villán, 2009, p. 23).

Sin embargo, es la misma Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos quien en 1990 actualiza la interpretación del principio de progresividad aplicado a los derechos económicos, sociales y culturales, y exige a todos los Estados suscritos al Pacto, incluyendo Colombia, la ejecución progresiva de estos derechos, en el marco de los recursos disponibles, pero sin importar la condición socio-política del país, se debe garantizar la no discriminación, por ninguna causa, situación o condición, en el ejercicio de tales derechos. Se suma a lo anterior, la obligatoriedad de crear recursos legales para la efectividad de los derechos y los mecanismos para su justiciabilidad (Villán, 2009). En todo caso, se continúa presentando la limitante de los recursos, dejando a potestad de los intereses gubernamentales, la destinación de los recursos del Estado.

Es importante resaltar algunos aspectos importantes relativos a la salud como derecho humano, que se retoman como premisas para el análisis posterior de los resultados. En primer lugar, hacer hincapié en la afirmación realizada en la Declaración y Programa de Acción de

Viena (1993, en la cual se insta a dar el mismo *peso* a todos los derechos humanos dados sus atributos, así no debe existir un trato diferencial entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales. Luego, hay que aseverar que existe interdependencia entre los derechos humanos, de tal forma que, si se ve afectado el derecho a la salud, tiene efectos en el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social. Por último, las limitaciones derivadas de la aplicación del principio de progresividad a los derechos económicos, sociales y culturales conllevan a situaciones de desigualdad e inequidad vulnerando así la dignidad humana.

La fundamentalidad de los derechos sociales y económicos

En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha descrito los criterios de identificación de los derechos fundamentales. La sentencia T-428 de 2012 MP. María Victoria Calle Correa, haciendo referencia a lo enunciado en la sentencia T-227 de 2003 indica que:

> Los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concentrarse en derechos subjetivos y (iii) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad (Sentencia T-227 de 2003 (Sentencia T-227/03). 17 de marzo de 2003, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional, Colombia, p. 13).

Para llegar a estos elementos, la Sentencia T-428 de 2012 realiza un recuento histórico de las teorías que ha aplicado la Corte cuando se trata del análisis de los derechos humanos, derechos fundamentales y derechos sociales, económicos y culturales. La misma sentencia enuncia que en el periodo de 2002 a 2008 existió un *tránsito jurisprudencial* y luego se deja de aplicar las reglas que tradicionalmente se usaban en derechos fundamentales para aplicar principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la teoría del derecho constitucional, tema que fue abordado, como lo indica el fallo, en la sentencia T-760 de 2008, del M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en donde se presentan las subreglas sobre el

acceso a los servicios de salud (Sentencia T-428 de 2012 (Sentencia T-428/12). 8 de junio de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia).

De esta forma se indica que los derechos humanos se catalogaron de acuerdo al momento histórico de su origen en: 1) primera generación, los derechos civiles y políticos, y 2) segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales. Es así como se incluyeron en la Constitución Política de Colombia, diferenciando entre derechos fundamentales y derechos sociales. El fallo de la Corte Constitucional relaciona las diferencias entre las dos categorías de derechos, siendo los "*derechos fundamentales de carácter negativo o de defensa pues su eficacia sólo exige del Estado obligaciones de abstención*", mientras que "*los derechos sociales, en cambio, son "positivos" o "prestacionales", pues su goce requiere que el Estado asuma obligaciones concernientes a la entrega de bienes y la prestación de servicios públicos*" (Sentencia T-428 de 2012 (Sentencia T-428/12). 8 de junio de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia, p. 12).

En la aplicación de la *justiciabilidad* de los derechos constitucionales la sentencia T-428 de 2012 indica que han existido varios momentos en el que la Corte ha usado diversos fundamentos teóricos en sus fallos:

1. En un primer momento, por sus características estructurales y el carácter negativo, los derechos fundamentales eran de aplicación inmediata y exigibles mediante la acción de tutela. Por su parte, los derechos sociales, al tener una naturaleza de orientaciones programáticas dirigidas al legislador (o la administración en lo pertinente) eran ajenos al control judicial por la vía enunciada.
2. Luego, el criterio de conexidad usado en aquellas situaciones en donde el desconocimiento de un derecho social implique la afectación de uno fundamental autónomo y por ello la tutela procede para su protección. Esta solución se da en la medida que se observan graves violaciones a derechos considerados sociales o colectivos que atentaban contra la dignidad humana de manera evidente. Sin embargo, en este caso, el derecho por sí mismo no se considera fundamental, mientras que no esté relacionado con otros derechos fundamentales (Oliveros, 2018).

3. En aras de solucionar dificultades a la hora de aplicar el criterio de conexidad, la Corte aplica el criterio de transmutación. Frente a este criterio la corte ha señalado en varias oportunidades: (a) los derechos sociales están sometidos a un desarrollo legislativo y administrativo para su adecuada garantía, (b) una vez cumplida esa etapa y realizado el proceso según las ramas legislativa y ejecutiva de acuerdo con lo que corresponda, esos derechos se tornan fundamentales y su eficacia puede ser exigida por vía de tutela. En este caso, el criterio de transmutación, aplicable por vía de interpretación a los derechos sociales y económicos, equipara estos derechos a derechos fundamentales al otorgarles la condición de derecho subjetivo y por ello aplicable la acción de tutela (Oliveros, 2018, p. 6).
4. Por último, se observa la aplicación del carácter fundamental (*fundamentalidad*) a un derecho, a partir de la relación con la dignidad humana. Este criterio, aplicable en la actualidad por la Corte Constitucional, implica:

    > (i) la existencia de una pluralidad de criterios para determinar el carácter fundamental de un derecho ("fundamentalidad"), partiendo sin embargo de la relación con la dignidad humana como elemento central de identificación; (ii) la concepción de los derechos como un amplio conjunto de posiciones jurídicas, de las cuales se desprende también una pluralidad de obligaciones para el Estado y, en ocasiones, para los particulares; y (iii) la independencia entre la fundamentalidad y justiciabilidad de los derechos (Sentencia T-428 de 2012 (Sentencia T-428/12). 8 de junio de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia, p. 12).

Ahora, para comprender como se identifican los derechos fundamentales, se deben cumplir los siguientes requisitos: a) derechos que se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, b) se concretan en derechos subjetivos y c) cuentan con acuerdos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad (Calle, 2012) (Sentencia T-428 de 2012 (Sentencia T-428/12). 8 de junio de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia) .

Adicionalmente el reconocimiento que realiza la Corte del carácter polifacético de los derechos da pie a establecer que los derechos tienen tanto un lado positivo como negativo (cita las sentencias T-595 de 2002[3], T-016 de 2007[4] y T-760 de 2008), y por ello el uso de la expresión *derechos prestacionales*, es un *error categorial*, puesto que indica son las facetas del derecho, pero no hace alusión al derecho como un todo y por ello no es posible aplicar el criterio de conexidad, en la medida que los derechos humanos son interdependientes e indivisibles citando la sentencia T-016 de 2007. (Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993; Sentencia T-428 de 2012 (Sentencia T-428/12). 8 de junio de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia).

Sin embargo, para la Corte la fundamentalidad y justiciabilidad de los derechos son características que se relacionan, pero deben ser analizadas de forma independiente, puesto que como lo indica el alto tribunal: *"*frente a cada faceta de un derecho resulta adecuado determinar cuáles garantías son más efectivas para su plena realización, en el marco de las competencias de los distintos órganos del Estado y ramas del poder público" (Sentencia T-428 de 2012 (Sentencia T-428/12). 8 de junio de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia). En el tema de la justiciabilidad de los derechos sociales y en particular frente al alcance de la acción de tutela, el mismo fallo refiere a la Sentencia T-428 de 2012 la cual enuncia los requisitos para su aplicación descritos a su vez en la sentencia T-235 de 2011: (i) la no existencia de un exceso económico en lo que concierne al servicio público; (ii) la solicitud del cumplimiento de obligaciones inmersas en la política pública, o (iii) "que sean prestaciones imprescindibles para la garantía de la dignidad humana*"* (Sentencia T-428 de 2012 (Sentencia T-428/12). 8 de junio de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia).

A lo anterior se le suma el principio de progresividad, incluido en el Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) el cual a su vez hace parte del bloque de constitucionalidad y ratificado mediante la Ley 74 de 1968. Este principio se asocia con la eficacia y la cobertura del contenido prestacional del derecho constitucional e implica

[3] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[4] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

la ampliación gradual de acuerdo con la capacidad económica e institucional del estado en cada momento histórico, por esta razón a lo largo del estudio se presentan factores humanos, políticos y sociales que hoy determinan la necesidad de revisar a la luz del principio de progresividad, la incapacidad temporal como prestación del derecho a la salud y del derecho a la seguridad social. En la Sentencia T-428 de 2012 se explica cómo en un momento el principio de progresividad se asoció a las generaciones de los derechos, sin embargo, por lo enunciado en párrafos anteriores y descrito ampliamente en el fallo enunciado, hoy no es posible indicar que tal principio aplique solo a los derechos sociales con carácter prestacional, por cuanto se entiende que esta es una *faceta* del derecho constitucional, de la cual también gozan los derechos civiles y políticos (Sentencia T-428 de 2012 (Sentencia T-428/12). 8 de junio de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia).

La misma sentencia ha establecido que el principio de progresividad implica:

> (i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv), la prohibición de retroceso (Sentencia T-428 de 2012 (Sentencia T-428/12). 8 de junio de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia).

En particular cuando se observa la evolución de lo descrito con respecto al derecho a la salud, Cañón Ortegón (2021) resume de la siguiente manera, citando la Sentencia T-760 de 2008 cuyo M.P fue el Dr. Manuel José Cepeda, la forma como tal derecho se ha convertido en un derecho fundamental autónomo mediante la transmutación (Cañón, 2021). En este sentido, el recorrido de la Corte Constitucional inició con la aplicación de la *conexidad*, que como se indicó implica la estrecha relación, en este caso, del derecho a la salud con otros derechos fundamentales como la vida y la integridad de las personas. Luego, la Corte aplica la *autonomía* en situaciones de vulneración del derecho a la salud en población vulnerable o con discapacidad o en condiciones económicas o de debilidad manifiesta en donde opera una

especial protección y por último "*la exigibilidad judicial como derecho prestacional subjetivo*", que implica obligaciones del Estado y por ello procede la tutela sin que exista vulneración o violación a otro derecho diferente al derecho a la salud[5] (Cañón, 2021, pp. 87-88).

Entendiendo que la incapacidad temporal es un derecho de los trabajadores que emana de una condición de salud que impide por un periodo desempeñar las labores para las cuales fue contratado y que esta prestación hace parte de un conjunto de beneficios que otorga el Derecho a la Seguridad Social, el Derecho al Trabajo y el Derecho a la Salud, no le es dado al Estado y a las entidades e instituciones que conforman el conjunto de actores del Sistema de Seguridad Social responsables de esta prestación, indicar en algún momento que por razones financieras no sea posible superar los obstáculos económicos, puesto que es una razón insuficiente para otorgar de forma igualitaria la incapacidad temporal a los trabajadores cotizantes sin importar el origen del evento de salud (laboral o común), entre otras razones por interdependencia de los derechos y su relación directa con la dignidad humana. Este tema lo ha analizado el alto tribunal constitucional, con respecto a la entrega de subsidios para vivienda en la sentencia T-1318 de 2005, citada en la Sentencia T-428 de 2012.

Según lo descrito y como una perspectiva preliminar, la incapacidad temporal en los trabajadores es un derecho, resultante de la garantía al Derecho al Trabajo, el Derecho a la Salud y el Derecho a la Seguridad Social, quienes tienen el atributo no solo de ser derechos humanos, sino además derechos constitucionales (fundamentales). Dada esta condición no es posible ser indiferente al trato no igualitario, que, en su dimensión positiva de cada derecho, mayores beneficios económicos por enfermedad laboral que por aquella que no lo es, tratándose de la misma persona.

Desde otra perspectiva, la salud, desde el enfoque de las capacidades propuesto por Senn y Nussbaum, es inherente a la dignidad humana y a la libertad. Se constituye en un valor que

[5] El autor cita las siguientes sentencias de la Corte Constitucional para ampliar el tema descrito: Sentencia T-571 de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñóz y Sentencia T-859 de 2003, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. De igual forma el documento publicado "El derecho a la salud". Uprimny Yepes, Rodrigo y Guarnizo, Diana. Procuraduría General de la Nación, 2008.

para Sen está inmerso en la libertad del ejercicio de los derechos políticos y la oportunidad social como mecanismo que mejora la calidad de vida; y para Nussbaum, la salud es vista como una capacidad esencial de la dignidad humana, es parte de los principios constitucionales que facultan a los ciudadanos a exigir políticas públicas como garantía de derechos mínimos sociales y de justicia. De esta forma, la salud hace parte de las capacidades como principios fundamentales y por ello se requiere de mecanismos para su protección, de tal forma que se cumpla la condición para la justicia social, siendo un fin y no un medio para otros propósitos (Vélez-Arango, 2015).

Es claro que la interdependencia entre el derecho a la salud y el derecho al trabajo, como al derecho a la seguridad social se ve afectado por el modelo de seguridad social propuesto para Colombia, en particular, los vínculos e integración que deben existir entre Salud y Riesgos Laborales por tratarse de la salud de la persona, sin importar el origen o la causa del evento, esto es un tema meramente económico ligado al aseguramiento y la necesidad de la sostenibilidad financiera del sistema olvidando la finalidad en sí misma. Es necesario volver a ratificar que la salud es *una*, como lo es la persona y no le es dado a un modelo de atención, llamarse *integral*, cuando establece rutas de atención diferentes según el origen del evento (general o laboral) y por ende prestaciones económicas y planes de atención diferentes para los trabajadores formales, considerándose esto una vulneración a la equidad en salud y además, con mayor beneficio a los trabajadores formales sin posibilidad de que los informales puedan acceder a ellas. Es importante señalar que existe un trato discriminatorio en los trabajadores afiliados al régimen contributivo (Sistema de Salud y Sistema de Riesgos Laborales) determinado por el origen del evento (enfermedad o accidente), pero también se podría endilgar la misma cualidad de trato en la población trabajadora informal, quienes tienen una importante participación en el grupo poblacional en edad de trabajar y no tienen derecho a la prestación de incapacidad temporal.

Es claro que los derechos económicos sociales son costosos y tanto la satisfacción como la protección del derecho tienen algún costo, pero lo asume el titular del derecho. Ya se sabe, que esto es propio de los sistemas liberales y Colombia no es ajeno a esta política. Esto es evidente en nuestro sistema de salud, además porque está regido por el principio de la

solidaridad: a mayor capacidad de pago, el aporte en salud es mayor y una parte de ello se destina a los servicios de aquellos que no la tienen. Sin embargo, la desigualdad se presenta en dos vías. La primera, en el tema de las prestaciones económicas, como la incapacidad temporal por enfermedad. En este caso, solo los afiliados al régimen contributivo (trabajadores, más no sus beneficiarios), tiene la opción de recibir esta prestación; mientras que aquellos afiliados al régimen subsidiado (muchos de ellos son trabajadores informales), no tienen posibilidad de recibir este pago, lo cual coloca a este grupo en una situación de desventaja por su condición social. La segunda vía, es frente al sistema de riesgos laborales y aquí hay desigualdad y un trato no equitativo tanto en prestaciones económicas como asistenciales. Mientras en el sistema de salud, la incapacidad temporal se reconoce con el 66.66% del salario base de cotización, riesgos laborales reconoce el 100% de la misma base salarial; por otra parte, en riesgos laborales se reconocen todos los servicios médicos, terapéuticos, odontológicos y de rehabilitación requeridos por el trabajador, pero como se ha dicho en el sistema de salud, se cuenta con un plan de beneficios que limita el acceso a servicios, tratamientos y medicamentos.

Con relación a lo descrito en los párrafos anteriores y al parecer desde una primera mirada, la Corte Constitucional trata de resolver las diferencias entre lo que se consideraba como un derecho social-económico, del derecho fundamental a la salud, usando múltiples argumentos basados principalmente en que la salud como derecho ha tenido una evolución, particularmente en su protección, en el contexto internacional y regional como lo refiere el M.P. Dr. Cepeda en la Sentencia T-760 (2008). En todo caso, en esta sentencia no se explica el por qué la salud puede ser considerada como fundamental, como lo indica la Corte cuando explica que:

> la presente sentencia la Sala de Revisión no entra a establecer en detalle el alcance y contenido del concepto de derecho fundamental, en general, ni con relación al caso concreto de la salud. Partirá de la decisión de varias Salas de Revisión de la Corte Constitucional, así como de la Sala Plena, de reconocer el derecho a la Salud como un derecho fundamental. En esta sentencia la Sala se detendrá en las implicaciones que se derivan de reconocer la fundamentalidad del derecho a la salud, en especial en lo que respecta a las fallas en la regulación de su sistema de protección. (Sentencia T-

760 de 2008 [Sent.] 31 de julio de 2008, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional, Colombia, pp. 31-32)

2.3 DERECHO A LA PROTECCIÓN SOCIAL Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

2.3.1. El Derecho a la Protección Social y Derecho a la Seguridad Social

Para empezar, se hace necesario establecer la diferencia entre lo que comúnmente se considera similar y en algunos casos hasta igual; y se trata de la protección social y la seguridad social, ambos modelos presentes en Colombia, pero no cuenta con igual desarrollo para un país con tantas diversidades en el orden socio-económico, geográfico, étnico, de género, entre otras.

Como se indicó anteriormente, los derechos sociales tienen su origen en la Declaración de Filadelfia, pero solo con la Declaración de la OIT en 1946, en la cual se nombran como derechos fundamentales, propios de cualquier persona y necesarios para el desarrollo integral y bajo la garantía de la libertad, la dignidad y su goce sin distinción alguna, se consideran principios necesarios para el bienestar (Sánchez-Castañeda y Morales, 2014).

La protección social como modelo se hace visible y operativo mediante el diseño e implementación de planes, sistemas y programas de orden gubernamental, concordantes con las políticas sociales de cada estado (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007); se trata entonces del esfuerzo conjunto de instituciones que buscan proteger a las personas de los efectos de los riesgos sociales a través de diferentes estrategias, modelos o sistemas como lo es la seguridad social (Cañón, 2021). En América Latina, principalmente se ha utilizado el modelo del Banco Mundial (BM) para diseñar sistemas de protección social soportada en el pilar del *manejo social del riesgo*, que busca orientar principalmente los esfuerzos hacia la población vulnerable, en términos de la prevención, control y superación de dicho riesgo; y según, Mejía-Ortega y Franco-Giraldo (2007) son cinco (5) los condicionantes que determinan el modelo de protección social que acoge un estado, teniendo claro que no existen tales modelos en su concepción pura: a) los modelos de desarrollo; b) las reformas del Estado; c)

posibilidades de financiación del Estado; d) por decisiones supranacionales y; e) factores exógenos coyunturales que llevan a implementar determinadas políticas económicas y sociales. (p. 472).

Por su parte son tres los modelos de desarrollo que según Mejía-Ortega y Franco-Giraldo (2007), han sido los más representativos en América Latina desde el siglo XX: a) crecimiento hacia fuera, b) sustitución de importaciones y c) modelo post-ajuste. Los modelos basados en el Estado de Bienestar tuvieron mayor desarrollo y fortaleza en Europa, mientras que en América Latina se vive en tensión permanente entre el Estado de Bienestar y el Modelo Neoliberal (p. 474). De acuerdo con este marco introductorio, se proponen los siguientes modelos de desarrollo político y económico:

Modelo Keynesiano y Estado de Bienestar

Este modelo se hace presente entre 1930-1940 en América Latina, en países como Uruguay y Costa Rica. El Estado de Bienestar, producto del reconocimiento de los derechos políticos de la clase obrera presente en el proceso de industrialización, se inserta en las sociedades capitalistas con mecanismos de solidaridad social. Un nuevo contexto en el que se garantiza a cada persona *unos mínimos*, sin discriminación y como derecho político. Tales garantías están representadas en ingreso, alimentación, salud, vivienda educación y seguridad social (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007, p. 475).

El Modelo Keynesiano por su parte, sustentado en la Teoría General de la Ocupación, establece que la producción y empleo son factores de equilibrio para la economía, por lo tanto, promueve el ahorro y la inversión, para el equilibrio de la renta nacional total y de la producción nacional. El enfoque de este modelo se justifica en el poder político centralista del Estado, una seguridad social integral y universal y una política social bajo el principio de solidaridad y equidad social (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007, p. 574).

Modelo basado en la Sustitución de Importaciones

Este modelo predominante en la década de 1940 fue importante en los primeros periodos de la modernización estatal de los países latinoamericanos generando mayor tasa de

crecimiento, empleo y disminución de la pobreza, pero en la década de los 70 pierde competitividad a nivel mundial, aumentando la brecha de la desigualdad social. Este modelo caracterizado por un enfoque político estatista de economía mixta contó con un modelo de protección social que combinaba los seguros sociales y la asistencia pública, bajo una política social de ampliación del mercado laboral y aumento del gasto público. Este modelo fue aplicado en los años 40 por Brasil, México, Argentina, Chile y Colombia (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007, p. 474-475).

Modelo Neoliberal

Con el auge de la apertura de mercados en América Latina en la década de los 80, producto de reformas económicas promovidas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional con el fin de controlar el déficit público y estabilizar las economías en la región y la presencia de enfoques políticos en el orden de los Estados de Derecho, surge éste modelo cuya principal característica es el individualismo centrado en la defensa de los derechos individuales: a la vida, a la libertad y a la propiedad (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007, p. 575).

El concepto de mercado que se irradia como pilar del modelo neoliberal tiene como característica el tratamiento de *clientes* a los ciudadanos y en consecuencia los bienes, servicios y valores sociales son mercancías administradas por entidades privadas. La rentabilidad económica bajo el principio de la libre competencia permite que la persona, según su capacidad de compra, adquiera tales bienes y servicios de tal forma que pueda satisfacer sus necesidades (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007, p. 475).

Este enfoque político cuenta con pocas redes de protección social y se fundamenta en el manejo social del riesgo; su política social es excluyente y se focaliza en el gasto público, en la privatización y la descentralización. Este modelo está presente en Bolivia, Perú y Argentina desde la década de los 80 y en Chile y Colombia desde la década de los 90 (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007, p. 474).

Modelo Económico de Planificación Central

Este modelo de influencia socialista se fundamenta en un Estado dueño y administrador de los recursos. Su enfoque político de tipo socialista céntrico plantea y desarrolla una política social integral del orden incluyente, redistributiva y con énfasis social en materia de protección social y se ha implementado en Cuba (desde los años 60) y Nicaragua (desde los años 70). Su retraso a mediados del siglo XX, ha promovido el origen de otros modelos de ésta naturaleza como "el desarrollo sustentable impulsado por la ONU, la teoría del Desarrollo a Escala Humana propuesta por Max Neef y el modelo de transformación productiva con equidad de la CEPAL, pero no logran su aplicación de manera consistente" (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007, p. 476). A su vez, Mejía-Ortega y Franco-Giraldo (2007), describen tres (3) enfoques de protección social presenten en la actualidad en América Latina: a) seguridad social, asociado al Estado de Bienestar; b) seguro social, relativo al Estado Liberal-Sustitución de Importaciones y; c) Asistencia Social propio del modelo Neoliberal (p. 476)

El origen del Sistema de Protección Social en Colombia se encuentra en el artículo 13, derecho a la igualdad, de la Constitución Política de 1991 y reglamentado en la Ley 789 de 2002. Bajo este principio el legislador prohíbe dar un trato distinto a las personas que se encuentren en un mismo supuesto de hecho, por ello obliga a la aplicación de normas de modo igual frente a quienes se encuentren en la misma situación indicada por la norma (Sentencia T-491 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñóz, citada por Cañón, 2021, p. 101), ejemplo de esto y aplicando el principio de igualdad y por vía jurisprudencial se indicó que los beneficios del sistema de seguridad social en salud para el régimen subsidiado debían ser los mismos de los que gozan las personas afiliadas al régimen contributivo (Cañón, 2021). En este sentido, el mismo artículo 13 implica la especial protección para "aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta" (p. 98). Por ello y atendiendo a la dignidad humana, derechos como al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, así como el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la salud tienen una estrecha relación con el derecho a la igualdad (Cañón, 2021).

En este punto, la pregunta sería si ¿se presenta una condición o situación discriminatoria en la normatividad que reglamenta la prestación económica de la incapacidad temporal en

cuanto a su reconocimiento por el origen del evento para los trabajadores cotizantes al sistema de salud y al sistema de riesgos laborales? Es contradictorio que la obligación de reconocer la incapacidad temporal por enfermedad en un porcentaje diferencial del salario base de cotización de acuerdo al origen del evento, en personas con igual tratamiento jurídico laboral y de seguridad social en el Sistema de Seguridad Social Integral, se derive de su situación o condición de salud por la cual se les descuenta de su salario un porcentaje, reduciendo así su ingreso mensual ordinario (en el caso de la enfermedad general), y por ello se les discrimina por el origen del evento colocándolas en condición de desigualdad respecto de aquellos trabajadores que reciben su salario base de cotización completo desde el primer día, al tratarse de un evento laboral.

Seguridad Social

Tiene como propósito garantizar a todos los habitantes de un país las condiciones mínimas como vivienda, educación, salud, recreación; así como aquellas relativas a los riesgos inherentes a la condición humana como la enfermedad, invalidez, desempleo, maternidad. Por lo tanto, se trata de la disposición de recursos económicos usados para cubrir futuras contingencias que pueda presentar la población. Este enfoque se encuentra como parte de una política redistributiva y está presente principalmente en países de Europa, que además de lo anterior incluye "el pleno empleo, acceso universal a educación, redistribución del ingreso, regulación de relaciones laborales y de condiciones de trabajo, fomento de organizaciones de autoayuda y de negociación entre empresarios y trabajadores" (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007, p. 477). Este enfoque de protección social se financia con impuestos.

El Seguro Social

Mientras que la Seguridad Social tiene una cobertura de toda la población, el Seguro Social presenta una protección limitada de la población y solo cubre algunos de los riesgos asociados a la condición humana, principalmente lo relativo a la enfermedad y algunos eventos económicos (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007). En general se sustenta en los principios de universalidad y solidaridad y uno de sus mecanismos es el aseguramiento, que como lo cita Mejía Ortega y Franco-Giraldo (2007), es "el conjunto de transacciones

mediante las cuales el pago de un monto determinado permite recibir otro pago si ocurren ciertos eventos" (p. 477); por esta razón su financiamiento, en general, es por aportes tripartitas: trabajador-empleador-Estado. Esto, precisamente es lo que hace que este enfoque no garantice los derechos sociales (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007).

Asistencia Social

En este caso, los recursos económicos a cargo del tesoro público, se destina a la porción de la población más vulnerable y que a su vez no tienen capacidad de pago para estar en una caja de previsión, y si la tienen, no pertenecen a ninguna (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007, p. 477).

Manejo Social del Riesgo

El Manejo Social del Riesgo es el modelo propuesto por el Banco Mundial que implica acciones públicas destinadas a la intervención de los más pobres. “Este enfoque se basa en que todas las personas, hogares y comunidades son susceptibles de múltiples riesgos naturales y antrópicos altamente relacionados con la pobreza” (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007, p. 478).

Entre las críticas realizadas al modelo neoliberal implementado en América Latina en cuanto a la protección social es la fragmentación de políticas (sociales, laborales, económicas, etc), establecidas según la posición social y económica de la población, lo cual va en sentido contrario a los postulados generales de la seguridad social, como derecho de los ciudadanos, cuyo centro de atención es la persona y que tiene como finalidad la protección universal, por ello emergen por una parte esa relación necesaria para los seguros sociales que es la del trabajador asociado a un contrato de trabajo, aspecto fundamental del aseguramiento cuya principal característica es la relación capital-trabajo. Ahora, el asistencialismo se orienta hacia la población pobre y vulnerable (Mejía-Ortega y Franco-Giraldo, 2007, p. 481).

2.3.2 Modelo Constitucional de la Seguridad Social en Colombia

Como se ha descrito anteriormente los derechos sociales fundamentales en Colombia son “derechos a prestaciones positivas del Estado que han sido consagrados en un orden jurídico

nacional y que han sido reconocidos como derechos constitucionales con carácter fundamental" (Arango, Justiciabilidad de los Derechos Fundamentales en Colombia. Aporte a la Construcción de un Ius Constitutionale Commune en Latinoamérica, 2011, pág. 19), en este catálogo se encuentran los derechos sociales fundamentales a la alimentación, la salud, la educación, la vivienda y la seguridad social. Ahora, el verdadero reconocimiento de estos derechos como fundamentales tiene un primer paso y es el reconocimiento de aquellas normas y tratados de carácter supranacional, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), entre otros, lo que contribuye a la garantía y justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales (Arango, 2011, p. 22). En palabras de Arango (2011):

> para estar ante verdaderos derechos sociales fundamentales no basta ni su positivización en el orden interno, ni su reconocimiento constitucional o convencional; se requiere además de su reconocimiento como derechos fundamentales y el establecimiento de acciones y procedimientos constitucionales para hacer exigible estos derechos por parte de sus titulares. Los derechos sociales fundamentales, en consecuencia, no son normas de rango constitucional que sólo establecen obligaciones objetivas a los poderes públicos, en particular al legislador para que los desarrolle progresivamente, sino verdaderos derechos públicos subjetivos en cabeza de sus individuos quienes pueden exigirlos en forma inmediata ante los jueces constitucionales. (p. 22)

Para Arango (2011), los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales, postura que comparto en los términos expuesto en su teoría. Es claro que la vulneración de los derechos sociales fundamentales se puede dar por omisiones parciales o absolutas del Estado En el caso de los derechos sociales fundamentales su vulneración puede provenir tanto de omisiones parciales como de omisiones absolutas del Estado (p. 25). En el caso de análisis del presente estudio podría ser una omisión parcial, por cuanto lo descrito con el reconocimiento de la incapacidad temporal en trabajadores cotizantes al Sistema General de Seguridad Social se trata de *un reconocimiento selectivo, insuficiente, o discriminatorio de prestaciones positivas a unas personas o grupos y no a otras u otros, pese a no existir razones*

suficientes para establecer la diferenciación de trato. Ahora, esta situación la ha resuelto la Corte Constitucional validando la vulneración de los derechos sociales fundamentales mediante la aplicación del principio de igualdad, para lo cual tradicionalmente se viene realizando el test de razonabilidad y proporcionalidad, que no ha sido positivo al tratar de resolver casos relacionados con la incapacidad temporal y su reconocimiento no igualitario por eventos generales ante los de origen laboral, como se puede observar en la Sentencia C-543 de 2007 (18 de julio)[6].

Además de lo enunciado, para el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales se aplica el principio de urgencia y el de subsidiariedad. El primero usado en los casos en que la aplicación de las normas legales conlleve a la falta de garantía efectiva del derecho fundamental amenazado, como sucede ante la carencia de medios económicos; y el segundo, como la obligación que tiene el Estado de garantizar el derecho fundamental ante la imposibilidad de ayuda que pueda recibir la persona de otras instancias (Arango, 2001, 2011).

Es así, como lo indica Arango (2001) y Espino (2017) como aún existe la necesidad de evolucionar en la comprensión de la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales se requiere un concepto evolucionado de derechos, no solo desde su reconocimiento, sino sobre todo a bajo la perspectiva de las particularidades de la persona como unidad.

En particular para el derecho a la seguridad social, como lo indica Cañón (2021), la Constitución Política de 1991 incorporó este derecho indicando sus lineamientos generales para su desarrollo, de tal forma que cuenta con una estrecha relación con los principios del Estado Colombiano (respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad y la prevalencia

[6] Sentencia C-543 de 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis: "*En efecto, es claro que las prestaciones a que alude el actor y que compara para sustentar su acusación por la supuesta violación del principio de igualdad no pueden equiparase por pertenecer a sistemas de seguridad social diferentes, llamados cada uno a cubrir riesgos diferentes y bajo presupuestos de financiación igualmente disímiles. Se trata en efecto de prestaciones, que si bien hacen parte del sistema de seguridad social no necesariamente deben tener un tratamiento idéntico, pues atienden a causas de naturaleza diferente para las que bien puede el Legislador establecer parámetros distintos en función del cumplimiento de las finalidades a él señaladas en el artículo 48 superior. Recuérdese en este sentido que el riesgo al que se encuentra expuesta la población en general de sufrir bien un accidente o una enfermedad que incapacite para trabajar, puede ser originado por diversas circunstancias independientemente de la labor o profesión que se desempeña o el lugar de trabajo en que desarrolle su actividad laboral. No sucede lo mismo con la incapacidad que puede afectar a un trabajador como consecuencia directa del trabajo que realiza o de las condiciones a las que se encuentra expuesto*".

del interés general sobre el particular; artículo 1 y 2) y con sus fines sociales como lo son el bienestar general y la calidad de vida de la población (artículo 366). A su vez el enunciado constitucional en el sentido de la prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación destinada a los programas de orden nacional y territorial se vincula con lo enunciado (pp. 27-30).

Según lo indicado, en el caso de Colombia al establecer su modelo político como Estado social de derecho y elevar a rango constitucional la seguridad social determina ya una estrecha relación, lo cual conlleva a la Corte Constitucional a proteger tales garantías como parte de la realización de los fines del Estado. Sin embargo, el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 solo enuncia lo elementos básicos de la seguridad social, se trata de una norma general, la base del modelo y la política que en esta materia se adopta para la protección de la población colombiana (Cañón, 2021).

Según Cañón (2021), lo primero que se destaca en la Constitución Política de 1991, es que la seguridad social es un derecho que se le reconoce a todas las personas y está presenta a lo largo de su ciclo vital, por lo tanto, está sustentado en el interés de ayuda mutua, de colaboración y socorro por parte de quienes integran la sociedad. Las características del derecho a la seguridad social son la irrenunciabilidad y el ser un derecho prestacional. El primero consiste en la no posibilidad de ser sujeto a transacción o conciliación, debido a su vínculo con el derecho a la vida, a la subsistencia y a la dignidad humana, por cuanto implica la protección de la salud, el ingreso mínimo y la ayuda en caso de disminuir la capacidad para el trabajo. El segundo, ser un derecho prestacional debe entenderse en el marco de la Constitución Política como aquellos derechos de segunda generación, los cuales requieren el desarrollo legislativo para su efectividad y como lo cita Cañón (2021), así fue indicado por la Sentencia T-406 de 1992 (MP. Dr. Ciro Angarita Barón), quien determinó en su momento que el derecho a la seguridad social no puede ser considerado como fundamental al ser parte de los derechos de segunda generación y por ello ser un derecho-prestación (Cañón, 2021, pp. 35-39).

Así como se explicó en el acápite que desarrolla la evolución interpretativa realizada por la Corte Constitucional del derecho a la salud, se replica tal análisis con el derecho a la seguridad social, entendiendo que se trata de derechos con cualidades y alcances diferentes. Es decir, en un primer momento se aplicó la teoría de la conexidad entre el derecho a la seguridad social y otros derechos fundamentales como a la vida, el trabajo y la dignidad humana, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de la conexión con otro derecho fundamental, que exista una necesidad o calamidad que requiera protección urgente por el Estado y que afecte gravemente la vida o la salud (como parte de la asistencia social) y por último que el Estado cuente con la posibilidad real de protección (Cañón, 2021).

En tal desarrollo normativo, que llevó a catalogar el derecho a la salud en su momento como un derecho fundamental autónomo también aplica al derecho a la seguridad social pero cuando se relaciona con derechos fundamentales de los niños (derecho a la salud y a la seguridad social), con los derechos fundamentales de las personas mayores (pensiones, derecho a la integridad física, derecho a la vida, al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana); y por último su carácter de derecho fundamental está derivado de las obligaciones que tiene Colombia como Estado al suscribir y ratificar los pactos y tratados de derechos humanos (bloque de constitucionalidad), como orientaciones interpretativas a la hora de analizar situaciones o casos particulares (Cañón, 2021).

En cuanto al carácter de servicio público, el análisis de Cañón (2021) es que la misma Constitución Política de 1991 estableció sus características generales: es universal (en condiciones de igualdad, continuidad y regularidad en la prestación); está regulado, vigilado y controlado por el Estado y es un servicio público esencial, como lo es la salud. De igual manera, se indicó en la Constitución Política de 1991 las características particulares del servicio público de la seguridad social. En primer lugar, el carácter obligatorio del servicio público, principio que tiene como fin garantizar la implementación efectiva ligado a su irrenunciabilidad, lo cual garantiza que se cubran las necesidades de toda la población ajustado a los recursos disponibles. En este caso, el aseguramiento es el medio para el logro de la protección de las necesidades sociales, particularmente de riesgos como la enfermedad entre otros. Como parte de la obligatoriedad se encuentra la responsabilidad que tiene el

Estado de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social y garantizar su permanencia (Cañón, 2021, pp. 45-50).

Luego está la dirección, coordinación y control del Estado del servicio público. Esta facultad estatal conlleva a la generación de políticas, programas y planes, así como regulaciones a partir de la identificación de problemas del orden social y el establecimiento de prioridades en seguridad social. Al tratarse de un servicio público está regido por mecanismos de eficiencia y eficacia de los recursos públicos destinados para tal fin. Esta condición se encuentra relacionada con la facultad regulatoria del Estado mediante actos administrativos de los entes correspondientes a la materia (Cañón, 2021, pp. 51-55).

A su vez, la Constitución Política de 1991 determinó los principios que rigen la seguridad social: solidaridad, universalidad y eficiencia. Los dos primeros de carácter filosófico y político y el último como un principio administrativo; sin embargo, además de los anteriores, la Ley 100 de 1993 como norma reguladora del Sistema de Seguridad Social en Colombia, adiciona otros principios como la integralidad, la unidad, la participación y la progresividad (Cañón, 2021, pp. 55-61). Aunque a solidaridad, universalidad y eficiencia son principios que han sido abordados ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina, aún se presentan desafíos por cumplir con respecto a su desarrollo. Empezando con la solidaridad, como un deber *ético social* de proteger a cada persona de acuerdo con sus necesidades o situaciones y que implica, como lo indica Cañón Ortegón (2021), la transferencia de recursos entre sectores de la población. Este principio ha evolucionado de forma positiva en el Sistema General de Seguridad Social en Salud con una cobertura significativa de la población sin ninguna discriminación y transferencia de recursos del régimen contributivo al subsidiado y la financiación mediante impuestos y otras transferencias del Estado; pero la situación no es igual de clara en el Sistema General de Riesgos Laborales, empezando por la baja cobertura de trabajadores debido a las formas de vinculación laboral y la informalidad laboral y la falta de cultura solidaria de aquellas empresas con recursos que puedan ayudar a las empresas menos prósperas y que hacen parte de su cadena productiva.

En cuanto al principio de universalidad pasa algo similar a lo enunciado. Mientras el Sistema de Salud presenta una cobertura extensa en todo el país, el Sistema de Riesgos Laborales presenta deficiencias puesto que no existen los mecanismos idóneos para la afiliación de los trabajadores informales e inclusive de pequeñas empresas o de tipo familiar o de sectores primarios que por su actividad no se ajustan a los parámetros administrativos y por ello no tiene acceso a los servicios y prestaciones creados para la protección de los riesgos en el trabajo. Este principio se asocia a "la atención progresiva de todos los riesgos y contingencias sociales de la población y por ello en mayores y mejores prestaciones, beneficios y servicios" (Cañón, 2021, p. 58). Esta cobertura de tipo "*horizontal*" se combina con la cobertura vertical, la cual implica "*ir más allá*" en el cubrimiento de los riesgos y contingencias, lo cual implica la recuperación de la salud y del ingreso que se afecta por ciertas necesidades del orden social (Cañón, 2021).

Las limitaciones que presenta hoy en día el principio de universalidad, y que atañen al presente estudio se identifican así: por un lado y desde la cobertura horizontal, existe un vacío en el cubrimiento de la población trabajadora informal y de los sectores primarios de la economía y desde la cobertura vertical se observa por una parte un trato diferencial en la prestación de los servicios y el reconocimiento de las prestaciones en la población trabajadora cotizante según el origen de la enfermedad y por otro lado la falta de prestaciones económicas, que como parte de la protección social, sean reconocidas a la población trabadora que hacen parte del régimen subsidiado.

Por último, el principio de eficiencia, con el cual se busca satisfacer las necesidades sociales de forma oportuna, con calidad y en cantidad, bajo principios de igualdad, subsidiariedad, inmediación y progresión, entre otros. Asociado al principio de eficiencia, se encuentra el principio de progresividad orientado hacia la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social, sin discriminación y logrando mayores y mejores beneficios, servicios y prestaciones destinadas a la atención de las necesidades sociales (Cañón, 2021). En todo caso, cualquier modificación al sistema de salud y de riesgos laborales debe realizarse bajo el principio de sostenibilidad financiera incorporado por la Ley 1438 de 2011, para el caso del

Sistema General de Seguridad Social en Salud y por la Ley 1562 de 2012, para el Sistema General de Riesgos Laborales.

En este punto es necesario indagar si el derecho a la seguridad social, como derecho social y económico ha contado con la misma suerte de evolucionar como lo ha hecho el derecho a la salud, hasta llegar a ser considerado como un derecho autónomo usando el mecanismo de la transmutación. Si bien es cierto que autores como Cañón (2021) indican que el derecho a la seguridad social es considerado como un derecho autónomo, a partir de varios fallos de la Corte Constitucional, lo que se puede observar es que no existe tal claridad. Lo que se observa, es que el derecho a la seguridad social, como derecho fundamental se continúa analizando con relación a otros derechos fundamentales como la salud, además porque el derecho a la salud es considerado como una "*manifestación*" del derecho a la seguridad social (Cañón, 2021, p. 89), con lo cual no estoy de acuerdo. Cada uno de ellos es independiente y autónomo con unos alcances y características que los hacen particulares, pero a la vez interdependientes e indivisibles.

2.4. TEORÍA DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Cuando se habla de discriminación se habla de igualdad. A manera de introducción se recopila lo que tradicionalmente lo que se entiende por igualdad desde una perspectiva jurídica y para ello lo fundamentaré principalmente en lo descrito por Rey (2005), con respecto a la discriminación en su concepción general y en particular con mayor énfasis en la discriminación indirecta.

Para empezar la igualdad jurídica tiene ciertas características:

- No es la obligación del trato igual de todas las personas, lo que indica Rey (2005) como "igualdad no es identidad" (p. 20, 26).
- Tampoco es permitir toda diferenciación, puesto que elimina por completo la noción de igualdad
- Entonces, se trata de un concepto cualitativo de valoración a partir de la consideración de lo razonable, de lo que puede ser legítimo o ilegítimo con respecto al trato que recibe un grupo de personas a partir de un criterio previamente establecido; tanto así

> que “la idea de igualdad sirve para determinar, razonable y no arbitrariamente, qué grado de desigualdad jurídica de trato entre dos o más sujetos es tolerable” (p. 22).

De esta forma, Rey Martínez (2005) indica que, por las condiciones inherentes al principio constitucional de igualdad, existe una vinculación del legislador con este principio, puesto que le corresponde al legislador en su actuar “establecer diferencias de trato, atribuir especiales beneficios o cargas a determinados grupos de ciudadanos” (p. 23), lo que para el autor genera un conflicto entre la finalidad del principio de igualdad y la facultad legislativa para decidir sobre aquellas diferencias de trato, aspecto que se resuelve con la razonabilidad que se acompaña con el análisis de la proporcionalidad. Es importante resaltar que, en todo análisis de razonabilidad y proporcionalidad, se someten dos derechos, uno de los cuales resulta protegido y el otro no, lo cual justifica la desigualdad, pero tal desigualdad debe tener un propósito constitucional, es decir, “la diferencia normativa debe ser adecuada y proporcionada al fin que persigue” (p. 24).

En el Estado social de derecho, se trata de resolver la contradicción expuesta mediante la igualdad formal y la igualdad real o material (substancial o de oportunidades). El alto tribunal constitucional colombiano ha retomado en varias oportunidades estos conceptos, ejemplo de ello es la sentencia C-091 de 2017 (M.S. Dra. María Victoria Calle Correa, 15 de febrero de 2017), en la cual se indica lo siguiente a partir del análisis realizado al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que promulga:

> Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
>
> El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
>
> El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (artículo 13).

En el fallo indicado se cita que el primer inciso, se establece el *principio de igualdad formal o igualdad ante la ley*; entendido como aquel implícito en las normas legales (actos jurídicos y administrativos de carácter general) que se aplican de forma general y estandarizada antes los hechos o situaciones que se regulan. A lo anterior se suma la prohibición de discriminar mediante el trato desigual de ciertas personas según sus rasgos de identidad (raza, el sexo, la religión y la filiación política o ideológica) (Sentencia C-091 de 1997 [Sent.]. 15 de febrero de 2017, M.S.: María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia; Rey 2005); mientras que *la igualdad material* (igualdad material, igualdad de oportunidades, igualdad real) se encuentra en el inciso 2 y 3 en el que se indican ciertos grupos de población vulnerables que por su condición podrían ser sujetos a discriminación y por lo tanto requieren especial atención por parte del Estado como garante del principio de igualdad (Sentencia C-091 de 1997 [Sent.]. 15 de febrero de 2017, M.S.: María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia; Rey 2005).

La discriminación directa se presenta cuando "la legislación, la reglamentación o la práctica cita explícitamente un motivo específico, como el sexo, la raza, etc., para negar la igualdad de oportunidades" (OIT, 2011) (Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2011), tal trato diferencial es considerado como perjudicial (Rey, 2005). En materia del derecho al trabajo la OIT ha trabajado a lo largo de décadas sobre el tema de la no discriminación en el empleo y en la seguridad social, prueba de ello son los convenios sobre la igualdad de remuneración (C-100 de 1951), sobre la discriminación en el empleo y ocupación (C-111 de 1958) y sobre la igualdad de trato en seguridad social (C-118 de 1962). Para el logro de una sociedad con mayores oportunidades, la mayoría de los esfuerzos se han orientado a la igualdad de oportunidades por razón de sexo, la discapacidad, la edad y enfermedades como el VIH. Con respecto al derecho a la salud y desde el enfoque de los derechos humanos, la salud se rige por varios principios entre los cuales se encuentra la no discriminación, que cita entre otras situaciones, además de las más recurrentes, otras condiciones como lo son la discapacidad, edad, estado civil y familiar, orientación e identidad sexual, estado de salud, lugar de residencia y situación económica y social (OMS, 2017). Recordemos que la salud

es tanto una condición, como una situación y un estado de la persona que afecta todos los ámbitos de su vida diaria.

A su vez, se encuentra la discriminación indirecta, entendida “cuando la reglamentación o la práctica son aparentemente neutrales, pero en la práctica llevan a la exclusión” (OIT, 2011). Esta discriminación se presenta en la realidad, por la desigual situación fáctica con consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre ciertas personas o grupos (Rey, 2005). Tal discriminación también está prohibida por la Constitución Política de Colombia, 1991.

Es en este escenario en donde podemos ubicar el objeto de la presente investigación. El trato diferencial que trae la normatividad legal frente al reconocimiento y pago de la incapacidad temporal por enfermedad general (66.66% del IBC), frente a la de origen laboral (100% IBC) a la que tienen derecho los trabajadores pertenecientes al régimen contributivo, presenta diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores afiliados y cotizantes al Sistema General de Seguridad Social (Sistema de Salud y Sistema de Riesgos Laborales), lo cual, trae consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable que tiene este tratamiento formal igual o razonablemente desigual sobre los trabajadores a causa de la diferencia del origen de la enfermedad, tema que se analizará con mayor detalle en el capítulo de los resultados.

III. METODOLOGÍA

La investigación se desarrolló bajo un enfoque cualitativo; sin embargo y acorde al objeto de estudio se requiere una aproximación desde un enfoque multi-métodos de predominio cualitativo y concurrente (Sampieri, et al., 2010), que permita desde una perspectiva jurídica y social llevar a cabo un proceso de comprensión holístico y complejo de un fenómeno eminentemente humano y social (Creswell, 2012), como lo es la relación salud-trabajo y la enfermedad.

Es así como se busca comprender la realidad social (Guerra, 2009, p. 50) relacionada con la salud y la seguridad social y desde esta perspectiva se hizo necesario aproximarse desde una visión ontológica que permitiera conocer la naturaleza de la persona como unidad, del Derecho a la Salud y del Derecho a la Seguridad Social y las diferentes realidades de la enfermedad en la población trabajadora y sus implicaciones en la igualdad de la prestación económica de incapacidad temporal.

En el estudio se aplicaron varios marcos de referencia de interpretación que incluyeron una perspectiva jurídico-propositiva (Guerra, 2009, pp. 64, 66). porque pretende analizar la evolución jurídica de la incapacidad temporal y así proponer posibles soluciones a la problemática descrita. Por otra parte el análisis se complementó con otras formas de interpretación según la propuesta de Creswell (2012) como el enfoque de las Teorías Sociales que busca analizar situaciones y problemáticas relativas a la justicia social y los derechos humanos como factores esenciales de la sociedad, propuesta entre otros por Denzin y Lincoln (2011) (Creswell, 2012) y teorías postmodernas como el enfoque pragmático (Patton,1990; Cherryholmes, 1992 y Murphy, 1990; Tashakkory y Teddlie, 2003), que en esencia permite al investigador escoger las técnicas y formas de guiar la investigación de tal forma que se ajuste a las necesidades y propósitos del estudio (Creswell, 2012; Guerra, 2009).

En este contexto, se llevaron a cabo varias fases de la investigación construyendo así categorías emergentes de análisis relacionadas con el trato diferencial existente entre la incapacidad temporal por enfermedad general frente a la de origen laboral como prestación económica de la seguridad social.

Revisión de la literatura.

Como etapa de exploración y definición de la problemática se llevó a cabo mediante una revisión de literatura y producto de ello se publicaron dos artículos. El primero titulado "La incapacidad temporal y la enfermedad relacionada con el trabajo en la seguridad social. Una aproximación a partir de la revisión de literatura" (Valero-Pacheco, 2020), cuyos resultados se analizaron en tres categorías, identificando así la necesidad de profundizar en el estudio del trato privilegiado que presenta la incapacidad temporal de origen laboral sobre la de origen común en el Sistema de Seguridad Social Colombiano, desde una perspectiva jurídica, puesto que la ventaja económica reconocida en los eventos de origen laboral contribuyen a la vulneración del principio de igualdad y a la precarización del empleo. El segundo artículo, "La incapacidad temporal como beneficio de la seguridad social: una revisión de literatura" (Beltrán, et al., 2021), presentó como conclusiones que la incapacidad temporal es reconocida como un beneficio universal y finito en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad social; pero a su vez debido a su impacto económico y social, debe ser estudiada desde la gestión en salud y de los riesgos laborales con enfoque de equidad, considerando la ocupación y el ámbito laboral.

Derecho comparado.

Se usó el Derecho Comparado como aquel "método que puede utilizarse para el desarrollo del derecho nacional e internacional por medio de la comparación" (Mancera, 2008, p. 213). Propone, por medio de la investigación analítica crítica y comparativa, descubrir las semejanzas y diferencias entre los distintos sistemas jurídicos en el mundo, "ya sea para identificar legislación extranjera o alcanzar una solución a problemas nacionales" (Mancera, 2008, p. 214). En el caso aplicado a la presente investigación tuvo como propósito identificar la legislación en materia de incapacidad temporal en países con sistemas jurídicos similares, que podrían ser usados de referencia para buscar una posible solución jurídica al trato no igualitario en la incapacidad temporal como prestación de origen laboral frente a la de origen general. En este sentido, se compararon en el estudio elementos jurídicos comunes y las diferencias que entre ellos existen (Mancera, 2008), lo cual derivó en el examen sobre la evolución de la incapacidad temporal como una figura que otorga derechos a los trabajadores.

Como lo indica Mancera (2008) el derecho comparado tiene varios propósitos, entre los cuales está su aplicación en la disciplina académica y para propuestas de reforma judicial y legislativa (p. 221). Como disciplina académica su finalidad es ser un medio para la investigación comparativa y así facilitar la generación de nuevo conocimiento en torno al campo jurídico; por ello, su aplicación en la presente tesis doctoral fue una estrategia fundamental para el logro de los objetivos propuestos en la investigación relativa al trato diferencial de la incapacidad temporal de origen laboral frente a la de origen común en el Sistema de Seguridad Social Colombiano. Como se propone, uno de los objetivos del presente trabajo es encontrar la solución jurídica al problema planteado, por ello el derecho comparado contribuye a solucionar ese conflicto jurídico interno, al encontrar posibles soluciones en instituciones extranjeras, de tal forma que la propuesta pueda ser tenida en cuenta en procesos de reformas legislativas en torno a la incapacidad temporal en Colombia.

En el caso particular del presente estudio, el contexto para la comparación fue de tipo trasnacional o *crossnational* y como técnica de analítica, se usó el análisis de contenido (Mancera, 2008), de tal forma que permita comprender la realidad social en torno a la figura jurídica de la incapacidad temporal, y así determinar el grado de similitud y diferencia entre sistemas legales, que permita seleccionar los elementos de sistemas legales diferentes al Colombiano, susceptibles de ser incorporados en el Sistema Legal Colombiano.

Para la aplicación del Derecho Comparado, se seleccionaron países pertenecientes al Sistema Iberoamericano (Secretaría General Iberoamericana, s/f) teniendo en cuenta como criterio la comparación de varios rankings que miden el desempeño de los sistemas de salud a nivel global;

a) A partir del ranking de la OMS (2000) enunciado por Tandon et al. (2000), que analiza 191 países en el mundo en variables asociadas al desempeño de los sistemas de salud. Se eligieron los 10 primeros países de la región Iberoamérica.

    - España. Puesto 7
    - Portugal. Puesto 12
    - Colombia. Puesto 22
    - Chile. Puesto 33
    - Costa Rica. Puesto 36

- Cuba. Puesto 39
- Venezuela. Puesto 54
- Paraguay. Puesto 57
- México. Puesto 61
- Uruguay. Puesto 65

b) Resultados del informe comparativo de países por evaluación de desempeño del sistema de salud, según metodología utilizada por el Banco Interamericano de Desarrollo -BID (2014), que tiene en cuenta las inversiones en salud tanto del sector público como del privado con indicadores como la esperanza de vida, las tasas de vacunación, la mortalidad infantil, la atención durante el parto y el acceso a servicios especializados, entre otros. Este informe no mide variables cualitativas como la calidad del servicio, la atención al paciente, el estado de conservación de los hospitales o las listas de espera. De los 71 países analizados, se seleccionaron los 10 primeros países de la región Iberoamérica:

- España. Puesto 5
- Chile. Puesto 8
- Costa Rica. Puesto 31
- Uruguay. Puesto 35
- El Salvador. Puesto 44
- Argentina. Puesto 45
- Paraguay. Puesto 46
- Colombia. Puesto 48
- Brasil. Puesto 49
- México. Puesto 50

c) Resultados del estudio realizado por Bloomberg (2018) (agencia estadounidense) citado por Miller y Lu (2018) y Montes (2018), que se basó en información del Banco Mundial, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), e incluyó indicadores como la puntuación de eficiencia que otorga, la esperanza de vida de la población de los países analizados y el promedio de costo absoluto de las naciones. El estudio incluyó 56 países del mundo y se seleccionan los 10 países de Iberoamérica que ocupan los primeros lugares en la lista.

- España. Puesto 3
- Portugal. Puesto 18
- México. Puesto 20
- Costa Rica. Puesto 25
- Chile. Puesto 31

- Perú. Puesto 36
- Venezuela. Puesto 39
- Ecuador. Puesto 43
- Colombia. Puesto 47
- Brasil. Puesto 51

Posteriormente se realizó la consolidación de los resultados en una tabla, de tal forma que solo se seleccionaron aquellos países que cuenten con el mejor puntaje en los tres listados mencionados. Los criterios de exclusión fueron: países no que hacen parte del Sistema Iberoamericano o se encontraban en posiciones muy bajas dentro del ranking y por falta de disponibilidad de información clara o verificable con sistemas oficiales o únicos de información legal. De acuerdo con lo anterior los países comparados con Colombia fueron: España, Chile, Costa Rica y México (ver tabla 1).

Tabla 1. Países seleccionados para la aplicación del Método de Derecho Comparado

RANKING	OMS (2000)	BID (2014)	BLOOMBERG (2018)
PAÍS			
España	7	5	3
Portugal	12	-	18
Chile	33	8	31
Costa Rica	36	31	25
Uruguay	65	35	-
El Salvador	-	44	-
Argentina	-	45	-
Paraguay	57	46	-
Colombia	22	48	47
Brasil	-	49	51
México	61	50	20
Venezuela	54	-	39
Perú	-	-	36
Ecuador	-	-	43
Cuba	39	-	-
Nicaragua	71	-	-

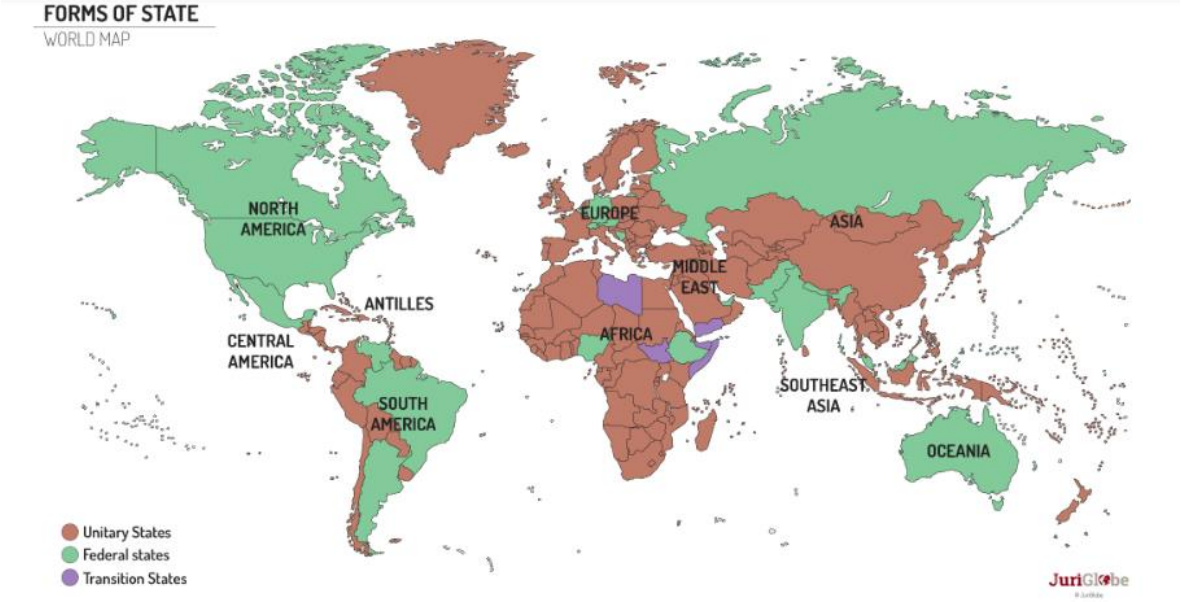
En color rojo los países seleccionados para el análisis comparado

Fuente: autor

Una vez elegidos los países se aplicó el método del derecho comparado propuesto por Mancera (2008), cuyas etapas son: a) Selección de un sistema jurídico; b) Establecer el sujeto o materia objeto de comparación; c) Delimitar el nivel de comparación; d) Identificar similitudes y diferencias; y c) Realizar la prueba de funcionalidad (pp. 225-232).

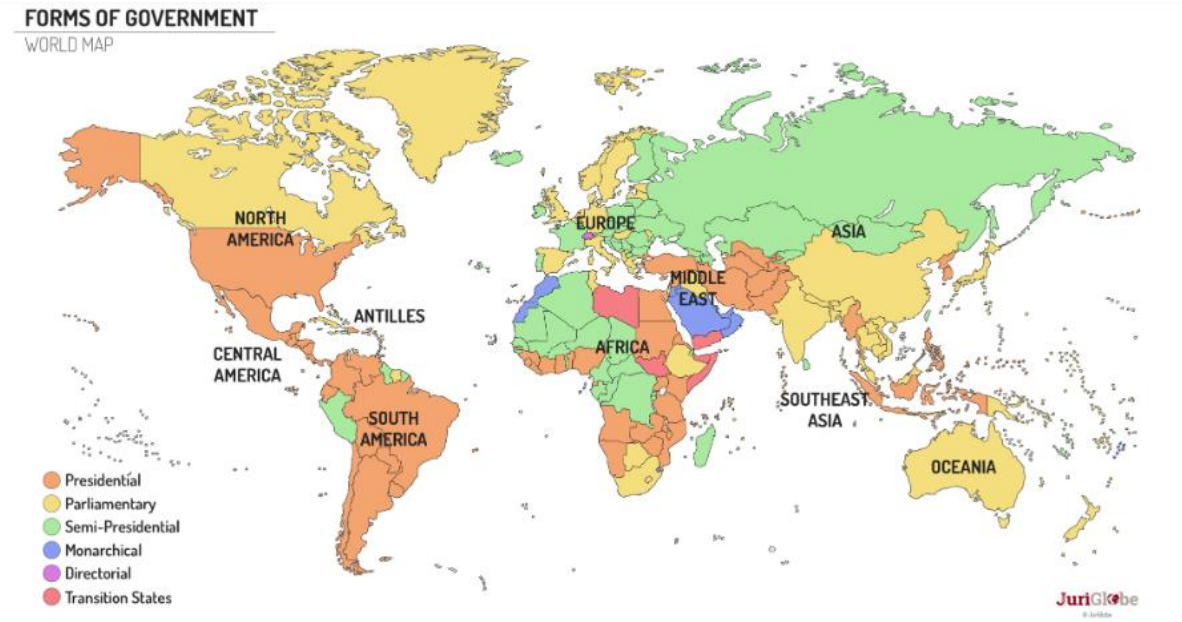
A continuación, se identificaron las formas de Estado y gobierno de los países elegidos para la comparación.

Figura 5. Mapa Mundial de las formas de estado



Fuente: World Legal Systems Research Group. JuriGlob (s.f).

Figura 6. Mapa mundial de las formas de gobierno



Fuente: World Legal Systems Research Group. JuriGlob (s.f)

Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

Se utilizó la técnica propuesta por López (2001) en su libro "El derecho de los jueces". Lo primero fue establecer el problema jurídico a resolver, lo cual lleva a identificar las principales sentencias o las más relevantes de la línea y a partir de ellas construir una teoría que dejen en evidencia la relación entre varios pronunciamientos jurisprudenciales (López, 2001, p. 56). El primer paso consistió en plantear el problema jurídico, como aquella pregunta que encabeza la línea jurisprudencial.

Definido el problema jurídico, como lo indica el método, luego se identificó la sentencia hito, a través de los siguientes pasos: a) punto arquimédico, b) ingeniería reversa y c) la telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia (López, 2001, p. 69).

Para la selección de la sentencia *punto arquimédico*, se utilizó la búsqueda en el índice de jurisprudencia de la base de datos V-Lex, apoyado en la página web de la Relatoría de la Corte Constitucional, utilizando como descriptores genéricos: igualdad, incapacidad laboral, seguridad social, enfermedad, para una primera selección. Luego, para una segunda selección a partir de los resultados anteriores, se utilizaron "conceptos constitucionales relevantes

agrupados en torno a patrones fácticos" (López, 2001, p. 70), como: incapacidad laboral por enfermedad no profesional o profesional, principio de igualdad en incapacidades laborales, sistema de seguridad social y principio de universalidad del sistema de seguridad social. La búsqueda la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en el periodo 1992-2021. El tipo de fallos que se incluyeron en la búsqueda fueron: sentencias de constitucionalidad, sentencias de tutela y sentencias de unificación.

Para la formación del *nicho citacional*, se realizó inicialmente una revisión del encabezamiento o introducción de las sentencias citadas para validar que en su contenido se encuentren las palabras clave y guarden relación con el tema de investigación. La extracción de la información fue manual, usando Excel para crear listados con los precedentes citados en cada una de las sentencias elegidas (tabla 10). Con el propósito de hallar un nicho citacional lo suficientemente amplio, se replicó el procedimiento hasta un tercer nivel, como se puede ver en el anexo 1 (Tablas nicho citacional por sentencia arquimédica). El total de sentencias fue de 1.379 entre 1992 y 2021. Luego, se realizó una búsqueda por frecuencia de citación en el nivel 2 y 3, estableciendo así las sentencias más citadas (los primeros 10 lugares) y obteniendo las elegidas para su examen (tabla 11).

Análisis cualitativo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

De forma complementaria y para realizar un proceso inductivo, se realizó el análisis cualitativo de las sentencias elegidas, en el software MAXQDA Analytics Pro 2022® (Release 22.0.1) y así explorar el fenómeno de la incapacidad temporal desde la perspectiva de los derechos humanos y elaborar una teoría respecto de la fundamentalidad del derecho a la seguridad social y por ende de las prestaciones derivadas de este mecanismo de protección social.

En primer lugar, se realizó el análisis exploratorio por frecuencia de palabras simples y luego combinadas (2 y 3 palabras combinadas). Este primer ejercicio cualitativo facilitó conocer de forma rápida, eficiente y medible las palabras con mayor relevancia en los textos analizados. A su vez mostraron aquellas palabras clave que se constituyen de forma simultánea en las etiquetas o códigos que contextualizan las principales ideas acerca del tema de la incapacidad temporal en el marco del derecho a la seguridad social. Los resultados

fueron graficados de tal forma que permitieron visualizar de forma preliminar ciertas relaciones existentes entre términos o palabras en los textos analizados y su prevalencia en términos de frecuencia.

Seguidamente se realizó el proceso de elaboración de categorías de forma manual y complementado mediante el software MAXQDA Analytics Pro 2022® (Release 22.0.1). Se crearon cinco categorías (derechos, incapacidad, sistema de seguridad social, principios y trabajador) en las cuales se agruparon los códigos. Luego, se realizó el proceso de interrelaciones entre categorías, creando los códigos (en total 117), con sus respectivas descripciones (memos). Se elaboraron mapas de códigos a través de figuras tipo clúster que permitieron visualizar la similitud entre códigos. Para soportar este análisis se presentan segmentos de las sentencias analizadas según la clasificación de categorías-códigos.

IV. RESULTADOS

En este capítulo se presentan los hallazgos y su análisis con el propósito de dar respuesta la pregunta de investigación, ¿cuáles son los elementos teóricos que justifican el reconocimiento igualitario de la incapacidad temporal por enfermedad común y laboral en el Sistema de Seguridad Social Colombiano desde la perspectiva de los derechos humanos? Para ello, la propuesta metodológica implica como punto de partida conocer la evolución jurídica de la incapacidad temporal como un derecho que surge del derecho a la seguridad social; luego el tratamiento que recibe este mecanismo de protección desde el derecho comparado; seguido de su análisis en el contexto de su protección en el marco de la protección de los derechos realizado por la Corte Constitucional Colombiana. Para finalizar se presenta un análisis desde la aplicación de técnicas analíticas del orden cualitativo que faciliten la aproximación a la formulación de lineamientos teóricos con respecto al tratamiento diferencial que recibe la incapacidad temporal de origen general frente a la laboral.

4.1 Evolución jurídica de la incapacidad temporal en el contexto de la Seguridad Social

4.1.1 Evolución de la línea temporal jurídica de la figura de la incapacidad temporal en Colombia

El sistema de salud colombiano se estructura entre finales del siglo XIX e inicio del XX, bajo el marco de la Constitución de 1886. En ese entonces, como lo indica Hernández (2000), al inicio del siglo XX, la atención de la salud se llevaba a cabo mediante: a) los médicos profesionales, b) la beneficencia y c) la práctica médica *popular*, que podría interpretarse como el conocimiento mágico, espiritual o religioso propio de las comunidades indígenas y otros conocidos como "*teguas*" cuyas acciones estaban destinadas a curar la enfermedad. A su vez, el acceso a los servicios de salud cualificados estaba sujeto a la capacidad económica de la población, por ello, las dos últimas opciones estaban destinadas a aquellos que no tenían dinero. Pero es claro, que como ejercicio redistributivo, quienes tenían dinero, entregaban parte de éste a la beneficencia y era destinado por la iglesia a hospitales, ancianatos, orfanatos, comedores comunales entre otros (p. 12).

El contexto político de inicios de siglo XX, pretendía iniciar la apertura económica del país, con la iglesia encargándose de los problemas sociales, por lo tanto, el poder político estaba asociado a la cantidad de donaciones realizadas a la iglesia. Es cuando se introduce el modelo higienista (público y privado) en la estructura estatal, con la creación de un Departamento técnico dentro del Ministerio de Instrucción Pública. La higiene como mecanismo prevencionista de la enfermedad no compartía los principios de la beneficencia, bueno sería porque el primero buscaba la eliminación de enfermedades que habrían cobrado miles de vidas humanas, mientras que el segundo tenía como fin solventar las necesidades de la población vulnerable, y en materia de salud, su enfoque era curativo. La distinción de la atención en salud por grupos sociales se mantuvo como mecanismo de separación de *clases sociales* (Hernández, 2000, pp. 13-14).

El surgimiento de la economía cafetera en 1920, sumado al pensamiento socialista y comunista que se extendió rápidamente en el movimiento obrero, desencadenó el desarrollo de otros sectores como transporte, fluvial y ferroviario, obras públicas y algunos trabajadores del Estado. En entonces que bajo el principio del cuidado que le debe el patrón (empleador) al trabajador, se promulga la Ley 57 de 1915, como un mecanismo de aseguramiento en caso de accidentes de trabajo; de esta forma, las empresas empezaron a adquirir seguros con aseguradoras privadas, práctica fue acogida en general por empresas grandes, mientras que las pequeñas no cumplían con la normatividad; claramente seguía siendo una facultad del empleador la protección laboral (Hernández, 2000, p. 15-16).

En ese contexto, la figura de la incapacidad temporal se incorpora en la Ley 57 de 1915. Como se mencionó esta norma establece la responsabilidad del empleador por las indemnizaciones correspondientes a los accidentes de trabajo. Esta se ha relacionado históricamente con las lesiones de los trabajadores. Es así como en los artículos 2, 5 y 6 de la citada ley, se trata el tema de la responsabilidad del empleador por las consecuencias del accidente de trabajo, la clasificación de estas y las indemnizaciones correspondientes.

> “Artículo 2. El patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo del trabajo que realicen y en el ejercicio de la profesión que ejerzan, a menos

que el accidente sea debido a culpa del obrero, o a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente, o a imprudencias o descuido del operario, o a ataque súbito de enfermedad que lo prive del uso de las facultades mentales o de las fuerzas físicas o a violación de los reglamentos de la empresa".

"Artículo 5. Divídense en cuatro clases las consecuencias de un accidente de trabajo:
1. Incapacidad temporal, cuando la lesión o perturbación es pasajera y se termina por la curación completa.
2. Incapacidad permanente parcial.
3. Incapacidad permanente total.
4. Muerte del trabajador" (subrayado fuera de texto).

"Artículo 6. Las indemnizaciones respectivas de los casos anteriores serán:
1. Se pagará al lesionado durante el tiempo de la incapacidad para trabajar la asistencia médica necesaria y las dos terceras partes del jornal que ganaba al tiempo del accidente." (Subrayado fuera de texto). Ley 57 de 1915.

En el anterior panorama, la incapacidad temporal se entiende desde 2 perspectivas: 1) la médico-asistencial, consecuencia de la enfermedad o lesión (curación y no prevención) y como 2) una compensación económica derivada del daño o perjuicio causado por el empleador a su trabajador al presentar un accidente de trabajo. Esto concuerda con el propósito del seguro, que básicamente es el resarcimiento por el daño. En este caso, la norma no indica la duración del pago, pero es posible deducir, que la compensación finaliza al recuperar por completo la salud y retornar al trabajo.

En el proceso, los empleados públicos y privados querían diferenciarse de los obreros, generar así una especie de *casta laboral*, básicamente por las corrientes de pensamiento, que al parecer influían a cada grupo: los empleados más cercanos a los partidos políticos tradicionales, mientras que los obreros influenciados por la corriente socialista y comunista (Hernández, 2000, p. 18).

En este escenario, y a manera de antecedente, puesto que el presente estudio no analiza la incapacidad temporal en servidores públicos, por estar reglamentado por normatividad específica, permite observar elementos que no han sido contemplados en la línea de tiempo que regula la figura en estudio. Se trata del artículo 3 de la Ley 86 de 1923, en el que se indica, que, en caso de enfermedad laboral o agravada por el servicio, el empleado público tiene derecho a recibir la mitad de su salario mensual, hasta por 6 meses. En este caso, nuevamente, la imposibilidad de prestar el servicio se debe a la presencia de una enfermedad e introduce el concepto de la *enfermedad agravada*, aunque no se describe indica que para su reconocimiento debe cumplir como requisito que dos médicos certifiquen la condición. Llama la atención, que en este caso deja de ser una indemnización y se reconoce como salario. Posiblemente esa distinción entre empleado-obrero, en donde el ser empleado da más y mejores beneficios por su formación, fue la razón para que el reconocimiento de la incapacidad de origen común tuviera un trato desigual frente a la laboral; práctica que se mantiene aún hoy en día con la diferencia, que en este entonces solo se reconocía la incapacidad temporal cuando el evento tenía su causa solo en situaciones relacionadas con el trabajo.

> *"*Artículo 3° Todo empleado público nacional tendrá derecho a la mitad del sueldo que devengue; mensualmente, hasta por seis meses, cuando por consecuencia de enfermedad contraída en el servicio o agravaba por la causa de éste, se halle imposibilitado para prestarlo.
>
> Para gozar de este beneficio es indispensable un certificado de dos médicos graduados". (subrayado fuera de texto). Ley 86 de 1923.

Posterior a la Ley 57 de 1915, se generan otras normas encaminadas a la protección de los trabajadores, particularmente en lo que respecta a la protección de los riesgos y peligros en el trabajo, como la Ley 46 de 1918 (medidas de Higiene y Sanidad para empleados y empleadores), la Ley 37 de 1921 (seguro de vida colectivo para empleados) y la Ley 10 de 1934, (reglamentación de la enfermedad profesional, auxilios de cesantías, vacaciones y contratación laboral) (Lizarazo, et al,, 2010, p. 3).

En la Reforma Constitucional de 1936, se incluye el seguro social incluyendo así el mecanismo de solidaridad entre generaciones y clases sociales, además de ampliar el alcance del Estado. Ahora, debía cubrir a toda la población trabajadora, sin importar su condición social o económica, más allá de la beneficencia, pero con un sentido de caridad. Es en el mismo año, que después de revisar varios modelos de otros países, se decidió que Colombia acogería los seguros con un modelo de ahorro individual, apartándose de la inclusión del principio de solidaridad característico del modelo de seguridad social, descartado en su momento, lo que incrementaría aún más la brecha generacional y social. De esta forma el enfoque prevencionista de la higiene y la beneficencia estarían en el mismo marco normativo, pero no se implementarían de forma conjunta (Hernández, 2000, p. 19).

Al final, durante esa época el Estado intervencionista tenía como propósito que aquellas personas con capacidad de pago no hicieran uso de la beneficencia, además obligar a los empleadores a pagar por los servicios prestados a trabajadores lesionados o enfermos y por último controlar a la competencia de los servicios médicos privados, es decir, a esas prácticas consideradas no cualificadas (Hernández, 2000, p. 20). Durante este periodo de tiempo se expidieron la Ley 96 de 1938 (creación del Ministerio de la Protección Social) y la Ley 44 de 1939 (creación del Seguro Obligatorio e indemnizaciones para accidentes de trabajo) (Lizarazo, et al., 2010, p. 3).

Entre 1939-1946, como lo describe Hernández (2000), se ahondan las divisiones entre los empleados públicos, trabajadores del sector privado y entre los obreros, con causa en la tensión política del momento y la búsqueda de un Estado industrializado y con mayor desarrollo económico; es así como en 1946 se crea el Ministerio de Higiene, como un triunfo del médicos que tenían como propósito modernizar la atención hospitalaria, pero sin intención alguna de incorporar un modelo universal y de carácter social, como lo es la seguridad social; de ésta forma diseñaron un sistema de financiación para la salud pública, que no reñía con la práctica privada, pero sin cobertura de la totalidad del colectivo, restringiendo a la gran mayoría el acceso a la prestación de servicios de salud. Así, Hernández (2000), explica la fractura de la organización y prestación de los servicios de salud en el modelo liberal, que ya desde ese entonces imperaba en el Estado Colombiano, en donde su

carácter intervencionista le permite controlar el capital económico concediendo un mínimo de bienestar (Hernández, 2000, pp. 21-24).

En el mismo hilo histórico, nacen los Seguros Sociales en 1945 con los cuales se busca proteger necesidades específicas de ciertos grupos de la población, se crean diversos sistemas para cubrir determinados grupos de trabajadores unos para el sector privado y otros para el público de ésta forma nace la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) (Hernández, 2000; Ministerio de la Protección Social, 2006). Otras cajas de previsión fueron creadas a su vez por gobernaciones, municipios y entidades descentralizadas con personería jurídica cuyo propósito además de prestar los servicios de salud, se orientaban al reconocimiento de las prestaciones económicas por riesgos de enfermedad común y maternidad, las profesionales y por invalidez, vejez y muerte (Ministerio de la Protección Social, 2006, p.14).

Hasta aquí, el tratamiento dado a la salud es en el orden de la *salud pública* destinada a trabajadores vinculados mediante contrato y como *asistencia pública* para aquellos sin posibilidad económica de acceder a los servicios de salud y que a su vez no podían trabajar debido a su condición de salud (Ministerio de la Protección Social, 2006). Posteriormente el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950), regulador de las relaciones laborales entre empresa y trabajadores, determina que la incapacidad temporal tiene un doble componente: asistencial y como prestación económica. Sin embargo, es en este momento, en donde se marca la diferencia del reconocimiento pecuniario que tiene tal prestación, determinado por la causa u origen de la enfermedad o accidente. Es así, como para enfermedades y accidentes laborales, se trata de un derecho y el trabajador recibe el salario completo hasta por 6 meses (180 días) y la asistencia médica hasta por dos años. Pero al tratarse de una enfermedad o accidente común, se estipula como un *auxilio monetario*, que, aunque es un derecho, pero por tratarse de una ayuda, solo se reconoce al trabajador las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros 90 días y a partir del día 91 hasta 180 días, la mitad del salario. Como en los casos anteriores, es el empleador el responsable del pago de la prestación económica y asistencial.

"Artículo 203. Consecuencias. Las consecuencias de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, para los efectos de las prestaciones que se consagran en este Capítulo, son las siguientes:

1. Incapacidad temporal, cuando el trabajador no puede desempeñar su trabajo por algún tiempo.
2. Incapacidad permanente parcial, (…).
3. Incapacidad permanente total, (…).
4. Gran invalidez, (…).
5. Muerte del trabajador" (subrayado fuera de texto).

"Artículo 204.Prestaciones. Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales dan lugar a las siguientes prestaciones:

1a. Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria hasta, por el tiempo que se requiera sin exceder de dos (2) años, comprendidos los exámenes complementarios, como radiografías, consulta de especialistas, las prescripciones terapéuticas completas, como transfusiones y fisioterapia, y el suministro de aparatos de ortopedia y prótesis que sean necesarios.

2a. Además, a las siguientes en dinero, según el caso:

a) Mientras dure la incapacidad temporal, el trabajador tiene derecho a que se le pague el salario ordinario completo hasta por seis (6) meses.
b) En caso de incapacidad permanente parcial, (…).
c) En caso de incapacidad permanente total (…).
d) En caso de gran invalidez (…).
e) En caso de muerte (…)" (subrayado fuera de texto).

"Artículo 227. Valor del Auxilio. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante". (subrayado fuera de texto). (Código Sustantivo del Trabajo [Código] 05 de agosto de 1950, Colombia)

Con el surgimiento del régimen de los seguros sociales obligatorios, mediante el Decreto 1650 de 1977, aplicable a los trabajadores vinculados mediante contrato laboral, se establece un precedente en la subrogación del riesgo. A partir de ese entonces, el empleador transfiere su responsabilidad tanto de prestaciones asistenciales como económicas a una entidad administradora de los recursos y destinada a la protección social de los trabajadores y sus beneficiarios. Es así como en el artículo 4, 10, 22 y 75 del decreto en referencia se especifican las contingencias, prestaciones y los aportes. En el caso de los aportes, se plantea por primera vez que el pago de las prestaciones sea diferente según el origen de la contingencia.

> Artículo 4. De las contingencias amparadas. El régimen de los seguros sociales obligatorios de que trata el presente Decreto comprende el amparo de la población contra las siguientes contingencias:
> -Enfermedad en general.
> -Maternidad.
> -Accidentes de trabajo.
> -Enfermedad profesional.
> -Invalidez.
> -Vejez.
> -Muerte, y
> -Asignaciones familiares.
> Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, podrá ampliarse la cobertura de los seguros sociales obligatorios a otras contingencias, de acuerdo con las normas y los procedimientos contemplados en el presente estatuto" (subrayado fuera de texto).
> Artículo 10. De la clasificación de la prestaciones. Para los efectos de la administración de los seguros sociales obligatorios, las prestaciones a que da derecho el amparo contra las distancias contingencias se clasifican en económicas y de salud (subrayado fuera de texto).
> Artículo 22. De los aportes de patronos y trabajadores. En los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores

aportarán el setenta y siete por ciento de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento.

La cotización profesional para el seguro de accidente de trabajo y de enfermedad profesional estará exclusivamente a cargo del patrono o empleador.

Artículo 75. De las prestaciones correspondientes a los Seguros de Salud. El Instituto de Seguros Sociales deberá prestar los siguientes servicios médicos y asistenciales y atender el pago de las siguientes prestaciones económicas:

1. Para los riesgos de enfermedad en general y maternidad;

a) La asistencia médica, quirúrgica, odontológica, farmacéutica y de servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento de los beneficiarios;

b) La ejecución de programas de rehabilitación física y readaptación sicosocial;

c) La ejecución de programas de promoción y protección de la salud;

d) El reconocimiento y pago del subsidio en dinero a que tenga derecho el asegurado cuya enfermedad le produzca incapacidad temporal no mayor de ciento ochenta días;

e) (…);

f) (..).

2. Para los seguros de accidente de trabajo y enfermedad profesional;

a) La atención médica, quirúrgica, odontológica, farmacéutica y de servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento;

b) La ejecución de programas de promoción, protección y seguridad industrial;

c) La ejecución de programas de rehabilitación física y readaptación social y laboral de los beneficiarios;

d) El reconocimiento y pago del subsidio en dinero a que tanga derecho el trabajador que por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional esté incapacitado para trabajar por no mas de ciento ochenta días;

e) El suministro de prótesis y aparatos ortopédicos, conforme a la ley a los reglamentos generales. (subrayado fuera de texto). (Decreto 1650, 1977)

En un segundo momento en el desarrollo del modelo de salud pública colombiano (1960-1980), la prevención como parte del modelo higienista toma mayor relevancia involucrando los postulados de la OMS, la OPS y el Plan Marshall de los Estados Unidos (Ministerio de

la Protección Social, 2006, p. 14). Solo hasta 1975 se organiza el Sistema Nacional de Salud de orden social y comunitario, sin diferenciación socio-económica de la población y con el propósito de promocionar, proteger, recuperar y rehabilitar a quienes por efectos de la enfermedad o de lesiones, requirieran de los servicios de salud.

Sin embargo, la gran diversidad de instituciones prestadoras de servicios presentes en ese entonces, conlleva a que el Estado aplique la teoría general de sistemas, de tal forma que en el marco del sistema, se pudiesen tomar decisiones políticas bajo un modelo centralista, garantizando así la asignación de recursos, aunque su ejecución operaba bajo el enfoque de delegación funcional para la organización y ejecución de los servicios de salud; por ello "el conjunto institucional, a su vez, fue agrupado en tres subsectores: oficial, de seguridad social y privado" (Ministerio de la Protección Social, 2006, p. 15). Esa misma práctica, la de mantener *sistemas de salud* que a su vez presenten interrelaciones basados bajo la perspectiva de la Teoría General de Sistemas, es la que se traslada al modelo de seguridad social vigente hoy en Colombia, mediante la Ley 100 de 1993, en donde interactúan cuatro sistemas: Pensiones, Salud, Riesgos Laborales y Servicios Complementarios, bajo los principios de integralidad y unidad, entre otros (artículo 2, Ley 100 de 1993).

Es con la Constitución Política de 1991, que la salud y la seguridad social se definen como derechos y a su vez como servicios públicos (Ministerio de la Protección Social, 2006, p. 15). Aplicando la definición de servicio público de la RAE (Real Academia Española, s.f, definición 1) podría decirse que la salud y la seguridad, desde el punto de vista prestacional, son en esencia actividades "llevadas a cabo por la Administración o, bajo un cierto control y regulación de esta, (…), y destinada a satisfacer necesidades de la colectividad". En este caso, necesidades derivadas de la enfermedad, las lesiones, la maternidad, la invalidez y la muerte, entre otras.

Ahora, estas actividades se enmarcan en el contexto de los Derechos Humanos, así que se para el caso colombiano se impregnan de los principios de Universalidad, Solidaridad, Eficiencia, Integralidad, Unidad y Participación (Ley 100 de 1993. Sistema de Seguridad Social Integral, 1993, artículo 2). Para ese entonces, la reforma de la seguridad social en

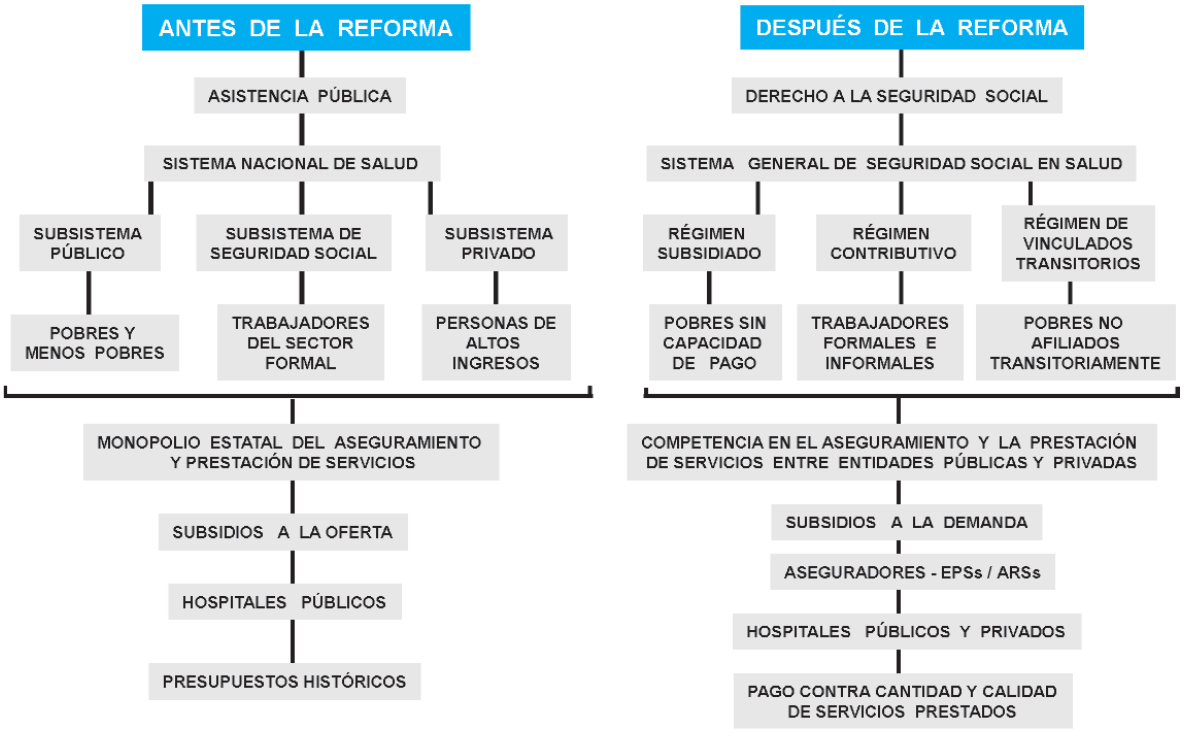
Colombia con la Ley 100 de 1993, trajo consigo "un sistema de aseguramiento con competencia regulada" (Vega-Vega, et al., 2012, p. 66). Como es posible observar, Colombia mantiene la tradición del aseguramiento para la prestación de servicios de salud que inició desde 1915 aplicado a los accidentes laborales y posteriormente con la reforma constitucional de 1936 a la asistencia pública. Por esa razón, la incapacidad temporal se continúa reconociendo como una prestación económica derivada de un daño a la salud.

Con la Constitución Política de 1991, la salud y el trabajo se establecen como derechos fundamentales. Es así, como nace el Sistema Integral de Seguridad Social mediante la Ley 100 de 1993, siendo uno de sus objetivos "Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema" (Numeral 1, Artículo 6). Sin embargo, la seguridad social no fue considerada como derecho fundamental, usando como principal argumento en ese entonces, el que no estaba enunciado en capítulo I del título II de la Constitución Política, indicando así que "la seguridad social constituía un servicio público y un derecho fundamental conexo" (Vega-Vega, et al., 2012, p. 67). Lo cual llevó a dar explicaciones, en el sentido de indicar que, al tratarse de un servicio público, sería una ley ordinaria la encargada de regular las obligaciones del Estado y entidades prestadoras del servicio y frente al derecho, una ley estatutaria podría desarrollar el derecho. La Corte Constitucional del momento señaló en el mismo sentido, que el derecho a la seguridad social se trataba de la "*asistencia*" y por ello no es parte del grupo de los derechos fundamentales. Todo ello estaba la disputa entre una interpretación del derecho a la salud como atributo propio de la ciudadanía y el derecho concebido como titularidad, que según los neoliberales podía ser compatible con el mercado de la salud (Vega-Vega, et al., 2012, p. 66-68).

En este sentido, el Sistema de Seguridad Social Integral, Ley 100 de 1993, busca ampliar la cobertura en salud de toda la población, unificando progresivamente los diferentes sistemas administrados a su vez por diversas entidades; y aunque se mantienen dos grupos de personas, ahora la división se realiza por capacidad de pago y no por *castas laborales*. En este orden de ideas, como parte del sistema de salud surgen tres regímenes: contributivo, subsidiado y vinculados transitorios que garantizan la prestación de servicios de salud, pero solo el

primero, el contributivo, al que pertenecen trabajadores con cualquiera de las formas de vinculación laboral y personas con capacidad económica para afiliarse al sistema, tienen derecho a recibir no solo las prestaciones de salud, sino también las económicas (Ministerio de la Protección Social, 2006, p. 16), como la incapacidad temporal.

Figura 7. Diferencias esenciales entre el Sistema Nacional de Salud y la reforma a la Seguridad Social de 1993.



Fuente: Ministerio de la Protección Social, 2006 (p. 17)

Recordando que aún se trata de un modelo de aseguramiento, otro elemento histórico que vuelve a presentarse en el actual modelo de seguridad social y por lo tanto en salud, como se puede observar en la figura 5, aquí la población está expuesta a riesgos (enfermedad, vejez, muerte, incapacidad) y es propósito del sistema prevenir, mitigar y proveer los mecanismos para la recuperación y rehabilitación en caso de que tales riesgos alteren la condición de salud de la persona (Ministerio de la Protección Social, 2006). Ahora el riesgo visto como la exposición a situaciones que generan daño, sumado a la probabilidad de que ocurra tal evento, tiene una connotación social, es decir, que la persona por ser parte de un colectivo (comunidad, sociedad), tiene condiciones de su entorno potencialmente generadoras de daño;

entonces, el origen del daño tiene una causa social y en este contexto las razones del origen del daño son las desigualdades sociales y económicas (y sus causas) (Hernández, et al., 2017, p. 394). Este aspecto social del riesgo será una característica diferencial, frente al modelo de aseguramiento de principios del siglo XX, en el que era esencialmente individual.

Esto cobra mayor importancia, cuando la OMS emite las recomendaciones de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud en el 2009: "mejorar las condiciones de vida; luchar contra la distribución no equitativa del poder, el dinero y los recursos, y medir la magnitud del problema, analizarlo y evaluar los efectos de las intervenciones" (62ª Asamblea Mundial de la Salud, 2009). Producto de la visión social se emite el documento CONPES 3144 de 2001 y 3187 de 2002, en Colombia en donde se plasma la necesidad de diseñar un sistema social de riesgo (Ministerio de la Protección Social, 2006, p. 20). Es entonces prioridad del entonces Ministerio de la Protección Social (2006): "la Promoción del empleo, la regulación de las relaciones laborales, la extensión del aseguramiento social, la preservación de la salud pública, la regulación de la prestación de los servicios de salud y el financiamiento del sistema" (p. 21).

Con el propósito de dar un matiz social del riesgo, se crea el Sistema de Protección Social mediante la Ley 789 de 2002, a lo que se le suma la fusión de ese entonces del Ministerio de Salud y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, conformando así el Ministerio de la Protección Social. Ya en ese entonces, se veía la necesidad de generar políticas integrales de atención a los trabajadores que tuvieran en cuenta las dinámicas laborales, nuevas formas de organización del trabajo y los escenarios económicos y sociales propios de un mercado laboral influenciado por la globalización (Ministerio de la Protección Social, 2006). Producto del nuevo sistema de protección social, se genera un nuevo paradigma en Colombia, cuyas diferencias con el anterior se observan en la tabla 2.

Tabla 2. Paradigmas de la Protección Social en Colombia

	PARADIGMA ACTUAL	PARADIGMA SISTEMA PROTECCIÓN SOCIAL
1	Los riesgos y eventos negativos se atienden individualmente	La atención de riesgos y eventos negativos se enfoca al hogar o grupo familiar

2	El enfoque actual privilegia el sistema público en el manejo del riesgo	Se fundamenta en la participación del Estado, la sociedad civil y el sector privado. Integra las medidas informales y de mercado
3	Actualmente la protección social existe de manera fragmentada, como componentes y se concibe a partir de programas y no de riesgos	Busca articular la protección social en un sistema y se concibe a partir de fuentes de riesgos y estrategias
4	En países pobres la reducción de riesgos es un gasto superfluo; sólo cuando se concretan en eventos negativos se invierte algo para superarlos	La visión integral del individuo y de los riesgos permite diseñar proyectos integrales de prevención, mitigación y superación.
5	La mitigación de riesgos sólo es accesible para individuos que tienen capacidad de ahorro o empleo formal	La eficacia de la mitigación depende de: *La integración de ésta con las estrategias de reducción y superación *El manejo bajo una óptica social del riesgo, donde sean responsables las instituciones sociales y las del Estado
6	La asistencia social entiende la solidaridad como caridad	La red articulada de protección social actúa por solidaridad, entendida como responsabilidad del otro.
7	Las redes de protección social sólo deben impulsarse en caso de crisis profunda	La red de protección social y el Sistema de Protección Social, funciona en todos los tiempos, con el fin de satisfacer las necesidades de los grupos vulnerables crónicos o pobres, vulnerables transitorios

Fuente: Ministerio de la Protección Social, 2006 (p. 22)

A su vez, el Sistema de Seguridad Social se integra por cuatro subsistemas regidos por los principios generales del Sistema Integral de Seguridad Social. Tales subsistemas se denominan como: Sistema General de Pensiones, Sistema General en Salud, Sistema General de Riesgos Laborales y Servicios Sociales Complementarios. Para el presente estudio, solo se analizan las relaciones entre el Sistema General en Salud y el Sistema General en Riesgos Laborales, puesto de que tienen a su cargo prestaciones económicas derivadas de la enfermedad como contingencia.

En este marco legal, se establece una clasificación de usuarios del Sistema General en Salud. Una de las categorías trata de los trabajadores vinculados por contrato laboral y trabajadores independientes con capacidad de pago que hacen parte del Régimen Contributivo, como lo indica el artículo 157 de la Ley 100 de1993.

> Artículo 157. Tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de

salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al
2. Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.
3. (…) (Subrayado fuera de texto)

Artículo 202. Definición. <Artículo modificado por el artículo 30 de la Ley 1607 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso.

Artículo 204. MONTO Y DISTRIBUCIÓN DE LAS COTIZACIONES.

<Inciso 1o. modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

Artículo 206. Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de

conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto. (Ley 100 de 1993)

En el mismo proceso de reglamentar el Sistema de Seguridad Social que nace con la Ley 100 de 1993, se encuentra el Decreto 1919 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto- Ley 1298 de 1994 Sistema de Seguridad Social en Salud, en el que se indican los beneficios para los afiliados cotizantes al sistema contributivo en salud.

Articulo 8o. Prestaciones del Régimen Contributivo. El régimen contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios:

La prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud-P.O.S., de que trata el artículo 4917 del Decreto Ley 1298 de 1994 y las normas reglamentarias.

El subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada por enfermedad o accidente ocasionados por cualquier causa de origen no profesional.

El subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad

Los miembros del grupo familiar del afiliado cotizante que no estén cotizando al Sistema recibirán únicamente las prestaciones contempladas en el literal a. del presente decreto.

Las condiciones específicas de acceso de los afiliados a los servicios del Plan Obligatorio de Salud y su financiamiento serán reglamentados por el Gobierno Nacional, previa consideración del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. (Decreto 1919 de 1994)

Artículo 2o. Definición. El Plan de Beneficios es el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud brinda a las personas, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad

temporal por enfermedad general, maternidad y la incapacidad, discapacidad o invalidez derivada de los riesgos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional. El plan de Beneficios se compone de 6 subconjuntos diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como Afiliado cotizante, como Afiliado beneficiario o familiar, como Afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud (subrayado fuera de texto). (Decreto 1938 de 1994)

Decreto 806 de 1998, Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional:

Artículo 2. Beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud como servicio público esencial. Definición. En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, el Estado garantiza el acceso a los servicios de salud y regula el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general y maternidad.

Al Estado le corresponde garantizar este conjunto de beneficios en forma directa o a través de terceros con el objeto de proteger de manera efectiva el derecho a la salud. Estos se agrupan en cinco tipos de planes diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como afiliado cotizante, como afiliado beneficiario, como afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud (subrayado fuera de texto).

Artículo 26. Afiliados al Régimen Contributivo. Las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

Serán afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Como cotizantes:

a) Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país;

b) Los servidores públicos;

c) Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios;

d) Los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes;

e) Los cónyuges o compañeros(as) permanentes de las personas no incluidas en el Régimen de Seguridad Social en Salud de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y que reúnen alguna de las características anteriores. La calidad de beneficiado del cónyuge afiliado a sistemas especiales, no lo exime de su deber de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos de la Ley 100 de 1993.

2. Como beneficiarios:

Los miembros del grupo familiar del cotizante, de conformidad con lo previsto en el presente decreto. (Decreto 806 de 1998)

Artículo 28. Beneficios de los afiliados al Régimen Contributivo. El Régimen Contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios:

a) La prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, de que trata el artículo 162 de la Ley 100 de 1993;

b) <u>El subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada por enfermedad o accidente ocasionados por cualquier causa de origen no profesional</u>;

c) El subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad.

> Los pensionados cotizantes y los miembros de su grupo familiar que no estén cotizando al sistema recibirán únicamente las prestaciones contempladas en el literal a) del presente artículo.
> Parágrafo. (…) (subrayado fuera de texto) (Decreto 806 de 1998).

La ley 100 de 1993, no enuncia nada con relación a las incapacidades de origen laboral, en el marco del Título III, Sistema General de Riesgos Laborales. Este tipo de incapacidad se encuentra regulada por las normas que reglamentan la gestión de los riesgos laborales en el territorio Colombiano. Con el Decreto-Ley 1295 de 1994, se establecen las prestaciones asistenciales y económicas en caso de eventos laborales con cobertura solo en la población trabajadora formal. Es mediante este Decreto que se crea el Sistema General de Riesgos Profesionales (hoy Riesgos Laborales), bajo el enfoque de un modelo de aseguramiento privado de los riesgos ocupacionales (Lizarazo et al., 2010), cuyo propósito además de reparar el daño debido a las contingencias de origen laboral (incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, invalidez, muerte), es el de la promover la salud en el trabajo y prevenir el accidente de trabajo y la enfermedad laboral (Artículo 2, Decreto 1295 de 1994).

Se dice que el modelo anterior, administrado por el Instituto de Seguro Social (ISS), tenía énfasis en modelos de atención médica orientados solo a la reparación del daño en la salud y el actual incorpora la prevención y promoción de la salud en el trabajo (Lizarazo et al., 2010). Sin embargo, considero que esta diferencia no es significativa con el modelo que rige en la actualidad en Colombia. Prueba de ello, es el constante aumento en el número y tasa de accidentalidad y enfermedad laboral, el subregistro de la enfermedad laboral y el crecimiento de las reclamaciones por el origen laboral, que en nada refleja la realidad de los eventos laborales en Colombia[7]. Las causas de esta situación, en buena medida, se presentan por la falta de integralidad y unidad entre las políticas de riesgos laborales con las que rigen el

[7] Ante la falta de un sistema único de registro de información con relación a los eventos laborales en cabeza del Estado colombiano (Ministerio de Trabajo), se hace necesario consultar las estadísticas del ramo de los seguros. Fasecolda reporta datos entre 2008-2015 disponibles en: https://fasecolda.com/ramos/riesgos-laborales/estadisticas-del-ramo/. También es posible consultar la información que reporta el Consejo Colombiano de Seguridad (CCS) en el Observatorio de la Seguridad y Salud en el Trabajo del CCS, disponible en: https://ccs.org.co/observatorio/

modelo de salud, así como la ausencia de un sistema de registro público de la información y el uso de un mecanismo de seguro individual que no permite cumplir con los principios de universalidad y solidaridad, rectores del Sistema de Seguridad Social Colombiano.

En las normas que se enuncian a continuación, contenidas en el Decreto-Ley 1295 de 1994[8], se encuentra reglamentada la prestación por incapacidad temporal cuando el origen es laboral.

> Artículo 2. Objetivos del Sistema General de Riesgos Profesionales.
>
> El Sistema General de Riesgos Profesionales tiene los siguientes objetivos:
>
> 1. Establecer las actividades de promoción y prevención tendientes a mejorar las condiciones de trabajo y salud de la población trabajadora, protegiéndola contra los riesgos derivados de la organización del trabajo que puedan afectar la salud individual o colectiva en los lugares de trabajo tales como los físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psicosociales, de saneamiento y de seguridad.
>
> 2. Fijar las prestaciones de atención de la salud de los trabajadores y las prestaciones económicas por incapacidad temporal a que haya lugar frente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional.
>
> 3. Reconocer y pagar a los afiliados las prestaciones económicas por incapacidad permanente parcial o invalidez, que se deriven de las contingencias de accidente de trabajo o enfermedad profesional y muerte de origen profesional.
>
> 4. Fortalecer las actividades tendientes a establecer el origen de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y el control de los agentes de riesgos ocupacionales.

> Artículo 7. Prestaciones Económicas.
>
> Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones económicas:
>
> Subsidio por incapacidad temporal;
>
> Indemnización por incapacidad permanente parcial;

[8] Estas normas se presentan a manera de antecedente, teniendo en cuenta que parte de ellas se encuentran derogadas por la Ley 1562 de 2012 y la Ley 776 de 2002

Pensión de Invalidez;
Pensión de sobrevivientes; y,
Auxilio funerario (subrayado fuera de texto) (Decreto-Ley 1295 de 1994).

Por supuesto, al estar contempladas las anteriores prestaciones solo en caso de contingencias laborales, la interpretación de las normas en la materia, deben entenderse en el marco de:

Artículo 12. Origen del accidente de la enfermedad y la muerte.
Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común.

La calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional será calificado, en primera instancia por la institución prestadora de servicios de salud que atiende al afiliado.
El médico o la comisión laboral de la entidad administradora de riesgos profesionales determinará el origen, en segunda instancia.

Artículo 10. ingreso base de liquidación de prestaciones económicas. Se entiende por ingreso base para liquidar las prestaciones económicas previstas en el Sistema General de Riesgos Profesionales:
a. Para accidente de trabajo (…)
b. Para enfermedad profesional.
El promedio del último año, o fracción del año si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior, de la base de cotización obtenida en la empresa donde se diagnosticó la enfermedad, declarada e inscrita en la entidad administradora de riesgos profesionales a la que se encuentre afiliado. (Decreto-Ley 1295 de 1994)

Al ser declarado inexequible el Decreto-ley 1295 de 1994, mediante Sentencia C-452-02 de 12 de junio de 2002, los apartados relativos a las prestaciones, entre otros, se reglamentan mediante la Ley 776 de 2002:

Artículo 1. Derecho a las prestaciones. Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto‑ley 1295 de 1994 y la presente ley.

Parágrafo 1°. La existencia de patologías anteriores no es causa para aumentar el grado de incapacidad, ni las prestaciones que correspondan al trabajador.

Parágrafo 2°. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

Para enfermedad profesional en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.

La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivados de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.

Artículo 2. Incapacidad temporal. Se entiende por incapacidad temporal, aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema

> General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado.
>
> Artículo 3o. Monto de las prestaciones económicas por incapacidad temporal.
>
> Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación,
>
> readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial,
>
> invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario.
>
> Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional (subrayado fuera de texto).
>
> Artículo 4. Reincorporación al trabajo. Al terminar el período de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría. (Ley 776 de 2002)

Lo que se puede observar también en nuestro sistema normativo, es que diversas materias tienen una noción diferente de incapacidad temporal o presentan ciertas ramas del concepto según la materia. A continuación, se muestran algunos ejemplos de esta situación, lo cual hace que no exista un concepto integral y único de incapacidad temporal en Colombia y por ello permita ser apropiado de diferentes formas según el contexto en el que se presente, cuando hablamos en todo caso de la salud de la persona y sus efectos en el contexto laboral.

Ahora bien, en el año 2000 la reforma al Código de Procedimiento Penal, involucra el concepto de *incapacidad médico-legal*, que en el caso de las lesiones personales, siempre que se acredite por la víctima la actividad laboral que desempeña, se otorga un dictamen de incapacidad laboral, por supuesto diferente al que se ha presentado a lo largo del documento.

> Artículo 35. Delitos que requieren querella.
> Para iniciar la acción penal será necesario querella en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad: lesiones personales sin secuelas, que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 1o. y 2o.); (…) (subrayado fuera de texto).
>
> Artículo 292. Reconocimiento en caso de lesiones.
> Al iniciarse la investigación por delito de lesiones personales, el funcionario ordenará de inmediato el reconocimiento médico del lesionado para determinar la naturaleza de aquellas, el instrumento con que fueron causadas y la determinación de la incapacidad médico legal y secuelas que se generen. En todos los casos en que se requiera nuevo reconocimiento, el perito lo señalará en su dictamen indicando el momento adecuado para realizarlo y los exámenes o documentos necesarios para emitir el concepto definitivo. El funcionario competente ordenará la nueva peritación sin dilación alguna.
> Cuando se requiera el dictamen sobre incapacidad laboral, el funcionario aportará al perito la información sobre la actividad ocupacional del lesionado y cualquier otra que sea necesaria para rendir este tipo de dictamen. En el curso de la investigación se ordenará la práctica de tantos reconocimientos como fueren necesarios para establecer las consecuencias definitivas. Las decisiones se tomarán, con base en el último reconocimiento que obrare en la actuación procesal.
> En el primer dictamen que se solicite se exigirá que a la mayor brevedad posible se determine la incapacidad y las secuelas definitivas.
> El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses reglamentará lo relativo al contenido del dictamen en estos casos, para unificar los criterios de la actuación pericial (subrayado fuera de texto). (Ley 600 de 2000)

Otro ejemplo es la Ley 1616 de 2013, por medio de la cual se expide la ley de Salud Mental y se dictan otras disposiciones, establece el derecho a la prestación económica de incapacidad temporal por enfermedad mental:

> Artículo 38. Incapacidades en Salud Mental. Las personas que por razón de algún trastorno mental se encuentren inhabilitados para desempeñar de manera temporal o permanente su profesión u oficio habitual, tendrán derecho a acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad en las condiciones establecidas en las normas vigentes para los trabajadores dependientes e independientes. (Ley 1616 de 2013)

En los casos de movilidad entre regímenes de salud, la legislación dispone en el Decreto 780 de 2016, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social:

> Artículo 2.1.7.11. Prestaciones por efecto de la movilidad.
>
> Los cotizantes, los cabeza de familia y sus respectivos núcleos familiares, por efectos de la movilidad, tendrán derecho a la prestación continua de los servicios de salud establecidos en el plan de beneficios.
>
> El afiliado que hubiere realizado la movilidad al Régimen Contributivo, como cotizante tendrá derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por licencias de maternidad y paternidad y las derivadas de las incapacidades por enfermedad general, conforme a la normativa vigente.
>
> El afiliado que hubiere realizado la movilidad al Régimen Contributivo, como cotizante que se encuentre afiliado al Sistema General de Riesgos Laborales, tendrá derecho a la atención de los servicios de salud derivados de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, los cuales le serán prestados a través de la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, la cual repetirá contra la entidad del Sistema General de Riesgos Laborales correspondiente.
>
> Para garantizar la prestación de los servicios de salud en la movilidad del Régimen Contributivo al Régimen Subsidiado, las EPS del Régimen Contributivo, cuyo número de afiliados en movilidad supere el treinta por ciento (30%) del total de sus afiliados, deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1122 de 2007. (Decreto 780 de 2016)

4.1.2. La incapacidad temporal como derecho es: ¿un auxilio, un subsidio y/o una prestación?

Descrito el camino de la evolución temporal de carácter jurídico que ha tenido la incapacidad temporal como un derecho de los trabajadores colombianos, es necesario vislumbrar cuáles son sus cualidades como prestación económica para identificar si en sí misma se pueda considerar como remuneración del trabajador.

Auxilio es definido por la RAE como ayuda, socorro o amparo (Real Academia Española, s.f, definición 1). También como la ayuda, que en este caso darían las entidades gubernamentales en el orden de la protección social. Desde este punto de vista el amparo, característica de los mecanismos de protección social, es *dar protección*. En este sentido, la protección debe entenderse como las acciones tendientes al cuidado de una persona, cuando ésta se encuentra en estados de indefensión o debilidad, como puede ser la enfermedad. La protección estaría mediada por los mecanismos estatales creados para garantizar, en este caso, el derecho al mínimo vital, a la salud y al trabajo.

Ahora, para la RAE, subsidio es "la prestación pública de carácter económico y de duración determinada" (Real Academia Española, s.f, definición 1). Siguiendo con la RAE, la prestación puede entenderse como una *renta (ingresos) o servicio* que la seguridad social, a través de sus entidades, otorgan en favor de sus beneficiarios, en dinero o en especie, para atender sus necesidades (Real Academia Española, s.f, definición 3). Se trata de una prestación pública porque su garante es el Estado.

Entonces, la diferencia entre auxilio y subsidio podría ser que: el auxilio corresponde a las acciones en pro del cuidado de la persona que se enferma, por lo tanto, se trata de la asistencia en salud, incluyendo los servicios de rehabilitación, como el diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, etc. Mientras que el subsidio, corresponde a la prestación económica que se representa en la renta-ingreso que se otorga como mecanismo de protección para suplir las necesidades de quien está enfermo y en el costo de los servicios en salud derivados de la atención.

A lo largo de la evolución jurídica de la figura de incapacidad temporal, se le ha denominado como *auxilio, subsidio, derecho* y *salario*. Es el caso de la sentencia T-161 de 2019, se establece una diferencia entre el reconocimiento y pago de la incapacidad temporal como auxilio económico y como subsidio de incapacidad, citando lo siguiente:

> Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad (subrayado fuera de texto) (Sentencia T-161 [Sent.] 9 de abril de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional, Colombia).

Ahora, la razón que se enuncia del pago de las 2/3 partes del salario al trabajador que tiene una enfermedad común, es porque el trabajador por causa de su estado de salud no está laborando y por lo tanto se le reconoce una *ayuda o auxilio*[9], que sustituye al salario mientras el trabajador recupera su salud y puede regresar a su labor habitual, con base a la interpretación del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero es necesario comprender, que esta no sería la mejor acepción del término, en el contexto de la seguridad social. Desde mi análisis, es mejor dar el tratamiento de *amparo*, es esta forma, es posible hablar de protección cuando la persona lo necesita por una condición que está afectando su salud; y de ésta se deriva la prestación económica (subsidio) a manera de un ingreso y el pago de los servicios de salud por parte de un órgano de la seguridad social.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-543 de 2007 (M.P.: Dr. Alvaro Tafur Galvis, 18 de julio de 2007) ha indicado frente a la incapacidad temporal que el: “El

[9] Sentencia T-200 de 2017 (M.P. Dr: José Antonio Cepeda Amarís) , Sentencia T-291 de 2020 (M.S.: Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo), T-140 de 2016 (M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio), T-468 de 2010 (M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio), Sentencia T-279 de 2012 (M.P.: Dr. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otros. Concepto del Ministerio de Trabajo: Concepto 4634, Marzo 11 de 2020.

auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente" (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia). Pero también la Corte ha señalado que el salario mínimo y vital no debe entenderse solo en los límites fijados por el gobierno, sino que es aquel que cubre las necesidades de la persona y su familia[10]. Es cierto que en todas las situaciones en las que se analiza la vulneración al derecho al mínimo vital por el no pago de la incapacidad temporal se indica que esta prestación se constituye en un auxilio o subsidio reemplazando el salario del trabajador, sin embargo, lo que no se ha examinado es la afectación que trae consigo la reducción de tal ingreso cuando se trata la incapacidad temporal por enfermedad general y por su puesto en salarios superiores al mínimo legal mensual. En general se trata de gastos que debe asumir la persona no cubiertos por el plan de beneficios en salud (transportes, cuotas moderadoras, cuidadores, entre otros).

Para continuar con el análisis, es necesario diferenciar entre las acciones en pro del cuidado de la persona que se enferma, que sería *el auxilio*, a las que pueden acceder todas las personas, sin importar género, raza o condición social y económica, mientras que *el subsidio*, corresponde a la prestación económica que se representa en la renta-ingreso que se otorga como mecanismo de protección para suplir las necesidades de quien está enfermo (que solo la recibe quien es cotizante en el sistema de seguridad social) y en el costo de los servicios en salud derivados de la atención. Ambos, como mecanismos de amparo en la seguridad social.

Así en el hilo histórico de la normatividad en materia de incapacidad temporal se observa que el Código Sustantivo del Trabajo mencionan "valor del auxilio por incapacidad" (artics. 227, 228). Como prestación, el Decreto 3135 de 1968, artículo 14, indica que el auxilio por enfermedad no profesional es una prestación económica a la que tiene derecho el trabajador. Pero a su vez en el artículo 18, la menciona como una prestación cuyo carácter es de

[10] Sentencia T-184 de 2009 (M.P. Dr.: Juan Carlos Henao Pérez, 19 de marzo de 2009): "*el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende de las condiciones particulares de cada persona. Así, este derecho no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y depende del entorno personal y familiar de cada quien. De esta forma, cada persona tiene un mínimo vital diferente, que depende en últimas del estatus socioeconómico que ha alcanzado a lo largo de su vida".*

remuneración (sueldo o salario). Por su parte el Decreto 770 de 1975 lo señala como un subsidio que es *el valor en dinero*, El Decreto 1650 de 1977, lo señala como el "reconocimiento y pago del subsidio en dinero" (artículo 75); el Decreto 1295 de 1994 (artículo 7) lista el subsidio por incapacidad temporal como parte de las prestaciones económicas efecto de contingencias laborales. La resolución 2266 de 1998, lo establecía como un subsidio económico. El Decreto 806 de 1998, le da tratamiento de "beneficio para los afiliados al régimen contributivo en Salud" (artículo 28), para sus afiliados cotizantes y le da el carácter de subsidio en dinero por contingencias de origen común. La ley 776 de 2002, artículo 3, le da un tratamiento de prestación económica, a manera de subsidio para contingencias de origen laboral. El Decreto 019 de 2012, le da el carácter de subsidio económico. La ley 1562 de 2012, artículo 5, lo menciona como una prestación económica de tipo subsidio. Como es posible observar, no existe claridad legislativa frente al tratamiento que se le debe otorgar a la incapacidad temporal.

De acuerdo con lo explicado, se propone la siguiente descripción del concepto de incapacidad temporal, en el marco de la seguridad social y desde el enfoque de los derechos humanos. Lo primero que se debe señalar que la seguridad social es un derecho humano, por lo tanto, es universal, indivisible e interdependiente; por ello la incapacidad temporal es un beneficio en forma de *ingreso económico* al que tiene derecho todo trabajador por estar enfermo o en una situación en la que se afecte su salud. Este ingreso, representa el salario del trabajador. Este derecho es inherente a la persona que goza de una cualidad, ser trabajador y debido a esto, la incapacidad temporal surge ante la pérdida temporal de la capacidad para trabajar (todas o algunas habilidades, destrezas de naturales física, mental, social) además de aquellas requeridas para el desempeño de otros roles y actividades de la vida diaria (vestido, baño, autocuidado, etc). Por último, no solo tiene una dimensión económica, sino de índole personal, familiar y social, puesto que se destina a la recuperación de la salud y con ella de las capacidades, roles y actividades de la vida diaria.

Considerar la incapacidad temporal como un derecho de la población trabajadora, es producto del desarrollo ideológico de los derechos humanos a mediados del siglo XX. Ya lo dice Hernández (2000), que la cultura política, para esa época tiene su anclaje en tales derechos a

los que se le suman los derechos económicos, sociales y culturales. Tendencia que se replicó en países occidentales (p. 9). De esta forma, el autor citado realiza una disertación para explicar la separación en la organización y prestación de los servicios de salud en Colombia, desde inicios del siglo XX y que perdura hasta el día de hoy.

Desde su postura bajo el enfoque sociopolítico, explica que producto de las dinámicas de las relaciones sociales, como del crecimiento de la ciudadanía y de la cultura política, nacen en ese entonces estados nacionales con características particulares, reflejadas en la política pública de salud. Las sociedades vistas como redes, explica Hernández (2000), forman *organizaciones*, esto es, "medios institucionales de alcanzar objetivos humanos" (Hernández, 2000, pp. 8-9). Es desde esta perspectiva, de las redes, que el autor citado analiza las políticas en materia de salud y de seguridad social, con las relaciones económicas, sociales y políticas de la sociedad, por lo tanto, y así lo menciona, la expresión estatal de sus decisiones y acciones es a través figuras jurídicas como leyes, decretos, entre otras. Para el autor, los conflictos que construyen un Estado, son de tipo normativo, particularmente derivados de la constante tensión social-económica, entre el sistema de valores que indica lo que es justo o un derecho y las prácticas del ejercicio político y es en este escenario en donde nacen las políticas públicas, como las de salud. El sistema de salud no es ajeno a tales tensiones. Este *campo social*, como lo indica el autor, las necesidades de la población o lo que se tiene como pretensión, en este caso lo esperado en salud, se confronta con la distribución de los recursos para la misma, involucrando a todos los actores políticos (Hernández, 2000, pp. 10-11).

La incapacidad temporal debe entenderse como el producto o efecto de la pérdida de capacidad laboral transitoria que presenta la persona por causa de una enfermedad y su declaración se da mediante el acto médico por el cual se expide un certificado de incapacidad médica. Consecuencia de esto, se da origen al derecho de reconocimiento legal de dos tipos de prestaciones en el marco de la protección social en Colombia. Una prestación relativa a la prestación de servicios, como acciones de asistencia, terapéutica, farmacológica, etc, y la otra prestación a manera de dinero (ingreso), que busca suplir las necesidades de la persona y su familia, debido a que no puede trabajar. Este es un punto de partida, para indicar que el

ingreso, no debe ser inferior al salario base de cotización del trabajador, puesto que es el que le cubre sus necesidades.

4.2. La incapacidad temporal en el Derecho Comparado: Perspectiva jurídica en diferentes sistemas de seguridad social

Como se explicó anteriormente, el método a seguir para aplicar el derecho comparado será el que plantea Mancera (2008), quien reúne varios elementos a partir de teóricos que han planteado diversas etapas a surtir en este proceso. Estas etapas son: a) Selección de un sistema jurídico; b) Establecer el sujeto o materia objeto de comparación; c) Delimitar el nivel de comparación; d) Identificar similitudes y diferencias; y c) Realizar la prueba de funcionalidad (pp. 225-232).

Los países objeto de estudio, como se indicó en el apartado de la metodología son: España, Chile, Costa Rica y México. Todos ellos cuentan con un sistema de la familia jurídica romano-germánica (Civil-Law).

Como se conoce, el desarrollo de la Seguridad Social como derecho está asociado al desarrollo industrial y al reconocimiento de los derechos de los trabajadores derivados del contrato laboral a principios del siglo XX, siendo Europa la cuna del Derecho a la Seguridad Social, con países como Alemania e Inglaterra, cuyos modelos han sido considerados, desde un punto de vista histórico, la base de los modelos actuales, entendiendo que hoy día, no es posible hablar de un modelo de seguridad social puro (Sánchez-Castañeda, 2012, p. 5). Varios autores han señalado las principales características del Modelo Alemán desarrollado por Bismarck y a su vez en Inglaterra, el propuesto por Beveridge, como se puede observar en la tabla 3.

Tabla 3. Características principales del Modelo Alemán y del Modelo Inglés de Seguridad Social.

Modelo	**Alemania**	**Inglaterra**
Periodo Tiempo	1883	1942
Sistema	**Seguros Sociales**	**Sistema Nacional de Salud**

Sistema de Protección Social	Ley Sobre Seguro de Enfermedad (1883)	Obligación de afiliación de todo trabajador con contrato laboral	Ley de indemnización de Trabajadores
		Contribución: 2/3 partes obreros; 1/3 empleador	Seguro Sanitario Obligatorio y Seguro de desocupación 1912-1920
		Beneficios según cuantía de cotización y empresa aseguradora	Ley de pensiones para personas mayores de 70 años - 1908 -1925
		Prestaciones: médica y farmacéutica por 13 semanas y prestaciones económicas por la mitad del salario asegurado	Ley de desocupación y Servicio Nacional de Ayuda a la desocupación - 1934
	Ley de 1884 sobre accidentes de trabajo	Obligación de los empleadores de cotizar a las cajas	**Principios de la Seguridad Social** 1. Tasa fija de beneficio de subsistencia: beneficio ininterrumpido por desocupación, incapacidad o jubilación. Excepción incapacidad prolongada. La tasa es igual para todas las situaciones, excepto por la viudez que es mayor 2. Tasa fija de contribución: se paga una tasa fija sin importar los ingresos. La contribución es obligatoria. Excepción los beneficios y pensiones por incapacidad laboral en trabajos de alto riesgo 3. Unificiación de la responsabilidad administrativa: centralización de la administración de los recursos 4. Adecuación de beneficios en cantidad y en tiempo: no se requieren recursos adicionales para promover el ingreso mínimo, es suficiente con la tasa fija de beneficio 5. Alcance del Seguro: cobertura de personas y riesgos 6. Clasificación de personas: aplicación diferencial en la población
		Cobertura de invalidez permanente por accidente de trabajo	
		Por incapacidad total el trabajador recibía una renta equivalente al 66% del salario	
		Por muerte del trabajador, la viuda recibía una renta del 66% más el 20% y el 15% por cada hijo menor de 15 años	
		Cotización a cargo del empleador	
		Principio de repartición	
	Ley de 1889	Sistema obligatorio de jubilación	
		Dirigido a trabajadores con salarios hasta 2,000 marcos anuales	
		Se otorgaba a los 70 años	
		Cuantía proporcional al número de cotizaciones del trabajador	
		1899 se amplía a los trabajadores independientes	
Características generales Cobertura asociada exclusivamente a trabajadores con contrato laboral		Prima la universalidad	
Régimen compuesto por diversos seguros		La protección tiene su origen en la necesidad y no en el origen del riesgo	

La financiación es por las contribuciones principalmente del trabajador y empleador	La financiación en su mayoría es por el Estado	
Cada riesgo tiene una entidad administradora diferente	Se fundamenta en la gestión pública y unificada	

Fuente: elaboración propia a partir de Sánchez-Castañeda, 2012, pp. 6-15

En general el modelo Alemán bajo las propuestas de Bismarck, se soporta bajo un sistema de participación bilateral en donde los aportes son tanto del empleador como del trabajador de forma proporcional, así como las prestaciones, tiene un carácter obligatorio y en caso de presentar una consecuencia en la salud debido a los riesgos amparados, el trabajador recibía una indemnización, amparando así los riesgos sociales como obligación del empleador; tratándose así de un sistema de múltiples seguros, con una administración determinada para cada riesgo (Jerez, 2018; Sánchez-Castañeda, 2012).

En el caso del modelo de Inglaterra, que presenta antecedentes con diversas leyes dirigidas a la indemnización por eventos laborales, seguro por desempleo y pensión a trabajadores, consolida un *plan de seguridad social* al identificar situaciones que afectan la calidad de vida y bienestar de su población. En este sentido la seguridad social se concibe como "seguridad de ingresos hasta un mínimo" (Sánchez-Castañeda, 2012, p. 11); es decir el conjunto de estrategias que suplen los ingresos dejados de percibir debido al desempleo, enfermedad o accidente, por jubilación o la muerte (Sánchez-Castañeda, 2012, pp. 9-11).

Este modelo a diferencia del Alemán, propone una participación tripartita en la cotización, asegurados, empleadores y Estado, siendo el origen del principio contributivo, fundamentando la financiación de la seguridad social mediante impuestos y cotizaciones, así como del principio de solidaridad, por ello tiende a la universalización (Jerez, 2018; Sánchez-Castañeda, 2012).

Sin embargo, hablar de protección social en la actualidad, implica ir más allá de las fronteras de la seguridad social. Como lo indica Sánchez-Castañeda (2012), el origen de la protección social se da cuando existe la necesidad de dar protección a los más vulnerables, aquellos que por su situación social y económica están en una posición de desventaja frente a grupos

poblacionales con mejores ingresos. De esta forma se hace necesaria la protección universal, solo por el hecho de ser personas y no solo por su condición *formal de trabajo*.

Es así, como la protección universal tiene un carácter incluyente y dinámico, por cuanto debe ajustarse a las dinámicas sociales, laborales, económicas tecnológicas, etc, que llevan cada vez más a la creación de nuevas formas de trabajo, y que además se alejan cada vez más de la figura tradicional del contrato laboral, como la define nuestro Código Sustantivo del Trabajo y en general las normas jurídicas y políticas que reglamentan el tema en seguridad social. Es necesario recordar que el derecho a la seguridad social ha sido reconocido como un derecho humano en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948 (artículo 22) y posteriormente en diversos convenios y tratados internacionales.

El análisis elaborado por Ayala (2018), explica con claridad el fundamento y alcance de la Seguridad Social y la asistencia social como mecanismos complementarios de la protección social universal. De esta forma explica que, la Seguridad Social ha sido por excelencia el sistema de protección ante los riesgos de tipo social y es tal vez, el sistema más utilizado por los diferentes Estados, también es cierto que por sus características, particularmente sus limitaciones en asistencia y protección económica, se complementa con los sistemas de asistencia social y los servicios sociales (Ayala, 2018, p. 227). Es por esa razón, que aquellas condiciones o situaciones de necesidad no cubiertas por la Seguridad Social son atendidas por la asistencia social, que en general contempla a la población ocupada, con formas precarias de trabajo o sin trabajo.

En este sentido, la Seguridad Social, y con el propósito de suplir sus limitaciones económicas en materia prestacional, se ha vinculado estrechamente y de forma condicionante al trabajo que desempeñan las personas. De esta forma, el trabajo es fuente de recursos para cubrir las necesidades individuales en caso ser necesario, como lo puede ser la incapacidad por enfermedad (Ayala, 2018). Pero, por otra parte, es conocido que, en la actualidad, las dinámicas del orden social, político y económico han determinado otros factores con efectos en la población, tanto en lo individual como colectiva y particularmente asociado a la condición social. Estos grupos de población vulnerables por la falta de equidad determinada

por su desventaja social presentan determinantes, como condiciones materiales (condiciones de vida, trabajo, alimentación, etc), factores de comportamiento y biológicos; y factores psicosociales, que se relacionan de forma directa con la exposición y vulnerabilidad y de esta forma afectar el estado de salud (Solar, 2010). Estos grupos vulnerables, serán objeto de la asistencia social.

El siguiente apartado a través del método del derecho comparado aplicado a la investigación, pretende identificar legislación extranjera y a partir de ella establecer la posible solución al problema establecido en el presente estudio; es decir al trato no igualitario en el reconocimiento de la incapacidad temporal por origen general frente a la de origen laboral en el sistema de seguridad social colombiano. Se trata entonces de un proceso de comparación que permite comprender las similitudes y diferencias con normas extranjeras que tiene como fin contribuir al proceso evolutivo de un sistema jurídico (Mancera, 2008, pp. 214-218).

4.2.1 Análisis comparado de los Sistemas de Seguridad Social en los países de Iberoamérica

A continuación, se presenta la descripción de los sistemas jurídicos, en particular la legislación en materia de seguridad social de los países seleccionados para el proceso comparativo.

Seguridad Social en España

Según la Constitución, España (1978) es un Estado Social y Democrático de Derecho y a su vez su forma política es la Monarquía Parlamentaria (artículo 1.1). En términos generales, el Rey es el Jefe de Estado (artículo 56.1) y le corresponde sancionar y promulgar leyes, así como proponer y nombrar al candidato a Presidente de Gobierno (artículo 62.a). La facultad legislativa está en cabeza de las Cortes Generales, conformadas por el Congreso de los Diputados y el Senado (Constitución de España [Const]. 27 de diciembre de 1978, España, artículo 66.1).

Esta forma de organización y estructura interna del Estado Español es lo que se conoce como un *sistema de gobierno parlamentario*, en donde el poder ejecutivo se compone de dos elementos: un Jefe de Estado (el Rey) y un jefe de gobierno (Presidente de Gobierno); en esta estructura es el jefe de gobierno el responsable políticamente ante las Cortes Generales (Naranjo, 2000, pp. 298-299).

En este sentido, España hace parte de los Estados con sistema jurídico basado en el modelo continental, en el cual las fuentes de Derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, característico en la familia jurídica del *civil law* (European Justice, 2020).

En este contexto, el alcance que tiene el derecho a la seguridad social en España es analizado por algunos autores. En principio, es necesario comprender que la Constitución Española (CE) diferencia entre la *Seguridad Social* y la *Asistencia Social*, como dos mecanismos diferentes diseñados para suplir necesidades de la población, pero complementarios.

De esta forma, la seguridad social en España determina los riesgos objeto de protección por parte del Estado, cuando las personas presentan contingencias derivados de ellos. Es así, como la protección universal de las personas se da ante las contingencias más comunes, como lo es, la prestación de servicios de salud en caso de enfermedad. Sin embargo, se requiere que la persona tenga un vínculo laboral, puesto que la seguridad social está diseñada para solventar las necesidades derivadas de la falta de trabajo (Ayala, 2018, p. 227). Entonces, la seguridad social, siempre dependerá de la existencia de una relación formal de trabajo, de la cual una persona obtenga su principal fuente de ingresos.

Por otra parte, la asistencia social presenta un alcance diferente y es hacia la satisfacción de aquellas necesidades no cubiertas por la seguridad social y particularmente su propósito es proteger a aquellas poblaciones que por su situación económica y social están en condición de vulnerabilidad. En este caso, para España, la asistencia social está reglamentada por las Comunidades Autónomas, por tratarse de necesidades particulares determinadas territorialmente, como lo es “el ingreso mínimo o renta mínima, redes de Servicios Sociales

para personas con discapacidad, personas en situación de exclusión social o marginación, entre otras" (Ayala, 2018, pp. 227-228).

La Seguridad Social tiene su delimitación constitucional desde el Título 1. De los derechos y deberes fundamentales con la declaración del derecho a la dignidad de la persona (Constitución de España [Const]. 27 de diciembre de 1978, España, artículo 10.1) y del derecho a la igualdad real y efectiva (Constitución de España [Const]. 27 de diciembre de 1978, España, artículo 9.2).

De forma específica, la CE determina el derecho a la seguridad social, en los siguientes artículos:

> Artículo 41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.
> Artículo 129.
> 1. La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente la calidad de la vida o al bienestar general.
> 2. (…)
> Artículo 148. La Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:
> (...)
> 20a. Asistencia Social
> 21a. Sanidad e Higiene
> Artículo 149.
> 1. El Estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:
> (…)

> 1.17. Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (Constitución de España [Const]. 27 de diciembre de 1978, España).

Ayala (2018) en su análisis del Sistema de Seguridad Social Español comenta que:

> El Sistema de Seguridad Social protegería en la dimensión horizontal a unos determinados sujetos (1) de unas contingencias típicas (2) a través de un catálogo de naturaleza coyuntural, tutelando en su dimensión vertical hasta el nivel legalmente establecido (3). Fuera de esas tres dimensiones que configuran y agotan el Sistema de Seguridad Social, actuaría la asistencia social. (p. 229)

Es entonces, donde la autora plantea la presencia de dos principios que actúan transversalmente entre la Seguridad Social y la Asistencia Social y se trata de la *complementariedad* y la *suplementariedad*. Lo anterior se sustenta en la capacidad que tiene la asistencia social de otorgar beneficios a aquellas personas que por su condición social y económica no cumplen con los criterios para acceder a la Seguridad Social (Ayala, 2018).

En este sentido, la complementariedad se da cuando existiendo el mecanismo en la Seguridad Social para cubrir la necesidad de la población, este no es suficiente o sus límites no le permiten cumplir con el total de la cubertura; mientras que la suplementariedad, se presenta cuando, no existe mecanismo en la seguridad social que solvente la situación de necesidad, por lo tanto la Asistencia Social sustituye con acciones determinadas para ello, supliendo así a la seguridad social (Ayala, 2018).

Por otra parte, en la CE, el derecho a la salud, vinculado estrechamente con el derecho a la seguridad social, se considera como “un bien jurídico básico y esencial”, así lo indica Contreras (2016). Como bien jurídico son las personas titulares de tal derecho y su goce efectivo está enmarcado en los principios de universalidad, equidad, solidaridad y aseguramiento público y único. Esto claramente es consecuencia de la aplicación del marco legal internacional al ámbito español, lo que indica, que la Carta Española incluye en sus postulados la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) y el Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), en lo concerniente a la protección del Derecho a la Salud. A su vez, España aplica las normas contempladas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, 1953, ratificado en 1979), para efectos de los derechos civiles y políticos, mientras que los derechos sociales, como la salud, están contemplados en la Carta Social Europea (CSE, 1961, ratificada en 1980); y por último la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Tratado de Lisboa, 2000), el cual reconoce el derecho fundamental a la salud (Jerez, 2018, pp. 29-32).

En este sentido, la salud reconocida también como Derecho, se incorpora en la carta magna española en el *Capítulo Tercero, De los principios rectores de la política social y económica*, mediante los siguientes artículos (Constitución de España [Const]. 27 de diciembre de 1978, España, artículos 40,43,49,148,149):

> Artículo 40.
> 1. (…)
> 2. Así mismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad y salud en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.
>
> Artículo 43. Derecho a la protección de la salud
> Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.
>
> Artículo 49. Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales, psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los Derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

> Artículo 148. La Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:
> (...)
> 20a. Asistencia Social
> 21a. Sanidad e Higiene
>
> Artículo 149. El Estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:
> (...)
> 16a. Sanidad Exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos. (Constitución de España [Const]. 27 de diciembre de 1978, España)

Ahora, como se requiere de las acciones del Estado Español para la garantía del derecho a la salud, el sistema jurídico se compone de una serie de normas reglamentarias. Sin embargo, como lo describe Jerez (2018), la norma que regula el derecho a la protección de la salud, fundamentada en el artículo 43 de la CE, es la Ley 14 de 1986 (25 de abril), Ley General de Sanidad. De esta forma el Sistema Nacional de Salud de España se orienta por los postulados del modelo propuesto por Beveridge, en donde el mecanismo principal de financiación son los impuestos y prima el principio de solidaridad.

La Ley 14 de 1986, Ley General de Sanidad enuncia, como entre otras características del Sistema Nacional de Salud, la financiación pública, gratuidad de los servicios, universalidad y la descentralización política de la salud en las Comunidades Autónomas, siendo éstas las responsables por la gestión de la prestación de los servicios de salud (Jerez, 2018.

Mediante una reforma, derivada de la necesidad de mantener la sostenibilidad y calidad del sistema nacional español se expide el Real Decreto – Ley 16 de 2012 (20 de abril), siendo una de sus principales modificaciones la redefinición de la condición de asegurado, limitándolo a unas condiciones determinadas, siendo una de ellas, el ser “trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o

asimilada a la de alta" (Jerez Iglesias, 2018, p. 78). Entre las situaciones incluidas como situación de alta o asimilada a la de alta, se encuentra la *baja laboral* o incapacidad.

De forma preliminar puede indicarse que el sistema de seguridad social español contempla los principios y características esenciales establecidos en tratados y convenciones de orden internacional y regional (Comunidad Europea), por lo tanto, aunque se indica su relación con la dignidad humana y el derecho a la igualdad, es considerado un derecho social y económico y por ello, podría entenderse que no es considerado en sí mismo un derecho fundamental. A su vez, la seguridad social, se presenta como el mecanismo que garantiza el derecho a la salud, mediante la prestación de los servicios sanitarios. Por otra parte, y como mecanismo complementario se encuentra la asistencia social, figura que cobija en general a toda la población ante las situaciones no cubiertas por la seguridad social y en los casos de mayor vulnerabilidad social y económica.

Seguridad Social en Chile

Su sistema político de carácter republicano, democrático y representativo se rige por un gobierno de carácter presidencial (Constitución de Chile [Const]. 21 de Octubre de 1980, Chile., artículo 4)[11]. El Estado está dividido en tres poderes independientes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial (Gobierno de Chile. Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017). A su vez, como Estado de Derecho cuenta con su Constitución como ley fundamental y su carácter unitario implica la existencia de un solo centro político y gubernamental y que las leyes rigen en todo el territorio nacional (Constitución de Chile [Const]. 21 de Octubre de 1980, Chile., artículo 3). Acogiendo la corriente iusnaturalista, la Constitución Chilena reconoce los Derechos Humanos, como fundamento de la República Democrática (Constitución de Chile [Const]. 21 de Octubre de 1980, Chile., artículo 5).

Su sistema jurídico, de naturaleza continental o *civil law*, reconoce como principal fuente la ley y como mecanismo auxiliar la jurisprudencia. En este contexto, la Constitución Política

[11] Al momento de elaborar este apartado, Chile ha votado para reformar su Constitución.

de Chile se constituye en “la norma primaria y vinculante para todos los órganos del Estado” (Constitución de Chile [Const]. 21 de Octubre de 1980, Chile; Cordero, 2009)

Chile, ha diseñado un modelo de protección social bajo la dirección del Estado. Sus estrategias de protección están dirigidas a la totalidad de la población, con cobertura en cada uno de los ciclos vitales y diversos grupos socioeconómicos, con énfasis en la población vulnerable. Trata entonces, de un conjunto de políticas, instituciones y servicios, que incluyen la seguridad social, la prestación de los servicios de salud, educación, vivienda y empleo entre otros (Robles, 2013, p. 13).

Su sistema de salud de carácter mixto (público-privado) es descentralizado tanto en el aseguramiento, como en su financiamiento, en la medida en que instituciones de atención primaria en salud, dependen de la municipalidad. El sistema público depende del Ministerio de Salud, mientras que el privado, de carácter autónomo, está compuesto por una red de clínicas y hospitales privadas (Robles, 2013, p. 27). La prestación de servicios en el sistema público se realiza mediante el Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS) (Gobierno de Chile. Ministerio de Salud, 2005, pp. 9-10). Para la atención del accidente de trabajo y enfermedad laboral, se encuentran las mutualidades y el Instituto de Salud Laboral, que cuentan con su propia red para la prestación de los servicios (González et al., 2019, p. 42).

Es así como en la Constitución Chilena, como parte de los Derechos y Deberes Constitucionales (Capítulo III), establece el Derecho a la Seguridad Social, en el artículo 18:

> Artículo 18º.- El derecho a la seguridad social.
>
> Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.
>
> La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.
>
> El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social; (..) (Constitución de Chile [Const]. 21 de Octubre de 1980, Chile., artículo 19. num. 18)

La Seguridad Social, entendida como un Derecho Humano, acogiendo lo dispuesto por la OIT, es entendida como un *instrumento de justicia social*, para lo cual, el Estado Chileno ha diseñado y desarrollado un conjunto de políticas, normatividad y acciones de protección social, que ha denominado *Sistema Previsional*, cuya finalidad es suplir las necesidades de las personas derivadas de las contingencias asociadas a su ciclo vital y que por ello, presenten dificultad para obtener sus ingresos habituales. Por ello, las contingencias incluidas en éste sistema son la enfermedad, la vejez, desempleo, invalidez, maternidad o pérdida del sostén de familia (Gobierno de Chile. Subsecretaría de Previsión Social, s/f).

Los cuatro componentes del Sistema Previsional de Chile se pueden observar en la figura 6.

Figura 8. Componentes del Sistema Previsional de Chile.

Fuente: Tomado de: Gobierno de Chile. Subsecretaría de Previsión Social (s/f)

De igual forma, respecto de al derecho a la salud indica, en el artículo 19:

> La Constitución asegura a todas las personas:
> 9º.- El derecho a la protección de la salud.
> El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

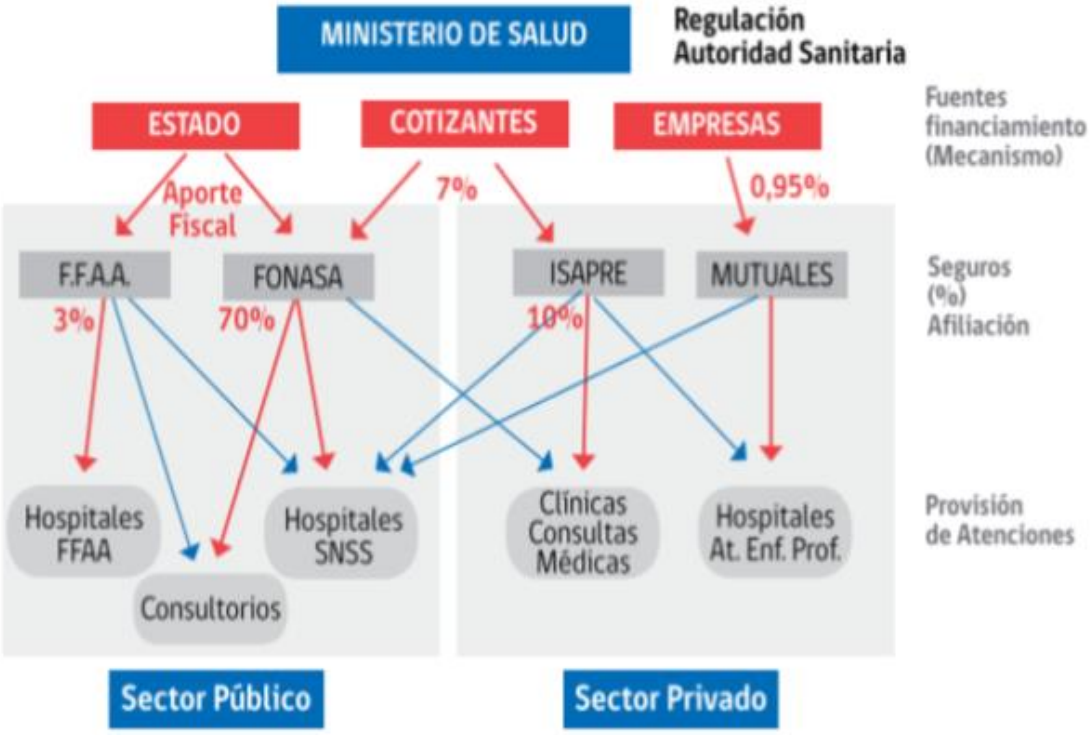
> Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.
>
> Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.
>
> Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado; (…) (Constitución de Chile [Const]. 21 de Octubre de 1980, Chile., artículo.19. num. 9).

Como parte de la Seguridad Social, el Estado Chileno garantiza la prestación de servicios de salud a los trabajadores independientes y dependientes, activos o pasivos, cuando se presentan las contingencias de enfermedad y maternidad. La Red de Salud se conforma por un Sistema de Salud Público y un Sistema Privado (Gobierno de Chile. Subsecretaría de Previsión Social, s/f); en esta medida el Sistema de Salud, bajo la dirección del Ministerio de Salud, es de carácter mixto, opera bajo el principio de solidaridad y los principales aportes son las cotizaciones de los trabajadores (7% de cotización calculado sobre la base de su renta imponible) (Gobierno de Chile. Subsecretaría de Previsión Social, s/f; Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), 2012; González et al., 2019). A su vez se conforma de varios subsistemas, orientados a la cobertura de diferentes grupos poblacionales, de tal forma que es la persona quien define según su capacidad económica e interés, vincularse a uno de éstos (Gonzáles, et al., 2019).

El Sistema de Salud Pública es administrado por el Fondo Nacional de Salud (FONASA), que se financia con aporte de los trabajadores y recursos provenientes de los impuestos generales, siendo éste un esquema de reparto. Su cobertura es igual para todos los afiliados sin importar su cotización o grupo familiar e inclusive presta los servicios de salud a quienes carecen de recursos y no cotizan al sistema de salud (Gobierno de Chile. Subsecretaría de Previsión Social, s/f; Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), 2012; González et al., 2019).

En el caso del Sistema de Salud Privado, operaran las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) y por Proveedores de salud particulares (Gobierno de Chile. Subsecretaría de Previsión Social, s/f). La ISAPRE es un sistema de seguros de salud bajo la modalidad de contrato individual y sus beneficios varían según el plan contratado e incluyen preexistencias de enfermedades (Gobierno de Chile. Subsecretaría de Previsión Social, s/f). Los Proveedores de Salud son los hospitales, clínicas y profesionales independientes que atienden tanto a los asegurados de las ISAPRE como a los cotizantes de FONASA. La afiliación a este sistema es voluntaria. La prestación de los servicios de salud incluye promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación o paliación, con enfoque individual y colectivo (Gobierno de Chile. Subsecretaría de Previsión Social, s/f; González, et al., 2019).

Figura 9. Organización del Sistema de Salud de Chile.



Fuente: Tomado de Gobierno de Chile. Ministerio de Salud (2005)

Las reformas realizadas en el Sistema de Salud entre 2000 a 2019 incluyeron las siguientes temáticas: reconocimiento del derecho a la salud, la equidad, la solidaridad, la eficiencia y la

participación social en salud, llevando a cabo su reconocimiento mediante las siguientes normas legales (González et al., 2019, pp. 60-61):

- Ley 19.888 de 2003. Eleva el Impuesto al Valor Agregado (IVA) de 1 punto porcentual para el financiamiento.
- Ley 19.895 de 2003, El funcionamiento de las Isapres y solvencia de las aseguradoras Establecimiento del Fondo de Compensación Solidario para las Garantías Explicitas en Salud (GES) entre las Isapres (Ley 20.015 de 2005).
- Ley 19.937 de 2004. Reglamenta la Gobernanza del sistema de salud chileno, a través de la ley de Autoridad Sanitaria. Establece las funciones del Ministerio de Salud y se crearon dos Subsecretarías, Salud Pública y Redes Asistenciales. Creó también la Superintendencia de Salud.
- Ley 19.966 de 2004. Creación del régimen GES, que establece garantías de acceso, oportunidad, calidad y financiamiento, para el diagnóstico, tratamiento y seguimiento de 80 problemas de salud priorizados (a julio de 2019), para los beneficiarios de Fonasa e Isapres.
- Ley 20.584 de 2012. Ley de derechos y deberes de las personas en relación con las actividades vinculadas con su atención de salud.

Chile se caracteriza por un sistema de seguridad social enmarcado en los derechos humanos y divido por sistemas al cual se accede según la capacidad económica de la persona. Como en el caso de España, la seguridad social es considerada como el mecanismo mediante el cual se garantiza el derecho a la salud y por ello se considera un derecho prestacional.

Seguridad Social en Costa Rica

Como estado republicano de carácter unitario, democrático y con división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), se rige por un gobierno presidencial, establecido en la Constitución (Constitución Política de la República de Costa Rica [Const]. 08 de noviembre de 1949, Costa Rica, artículos 1, 9; Presidencia de Costa Rica, 2019).

En cuanto a derechos humanos, Costa Rica ha firmado y ratificado los siguientes convenios asociados con el Derecho a la Salud y a la Seguridad Social: el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976); el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976); la Convención sobre los derechos del niño (firmado en 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990); y Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008).

Como parte de los Derechos y Garantías Sociales (Título IV de la Constitución Política), Costa Rica reconoce el derecho a la Seguridad Social, como un beneficio para los trabajadores, cuya financiación es de carácter tripartito, es decir, Estado, empleadores y trabajadores, y tiene como finalidad proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte (Constitución Política de la República de Costa Rica [Const]. 08 de noviembre de 1949, Costa Rica, artículo 73). Es la Caja Costarricense de Seguro Social la única entidad encargada de administrar los seguros sociales (Constitución Política de la República de Costa Rica [Const]. 08 de noviembre de 1949, Costa Rica, artículo 73); y por regla general, todo habitante tiene derecho a los servicios de salud y el Estado es quien los garantiza, por tratarse de un bien de interés público (Ley General de Salud N° 5395 [Ley]. 24 de febrero de 1974, Asamblea Legislativa, Costa Rica, artículos 1, 3).

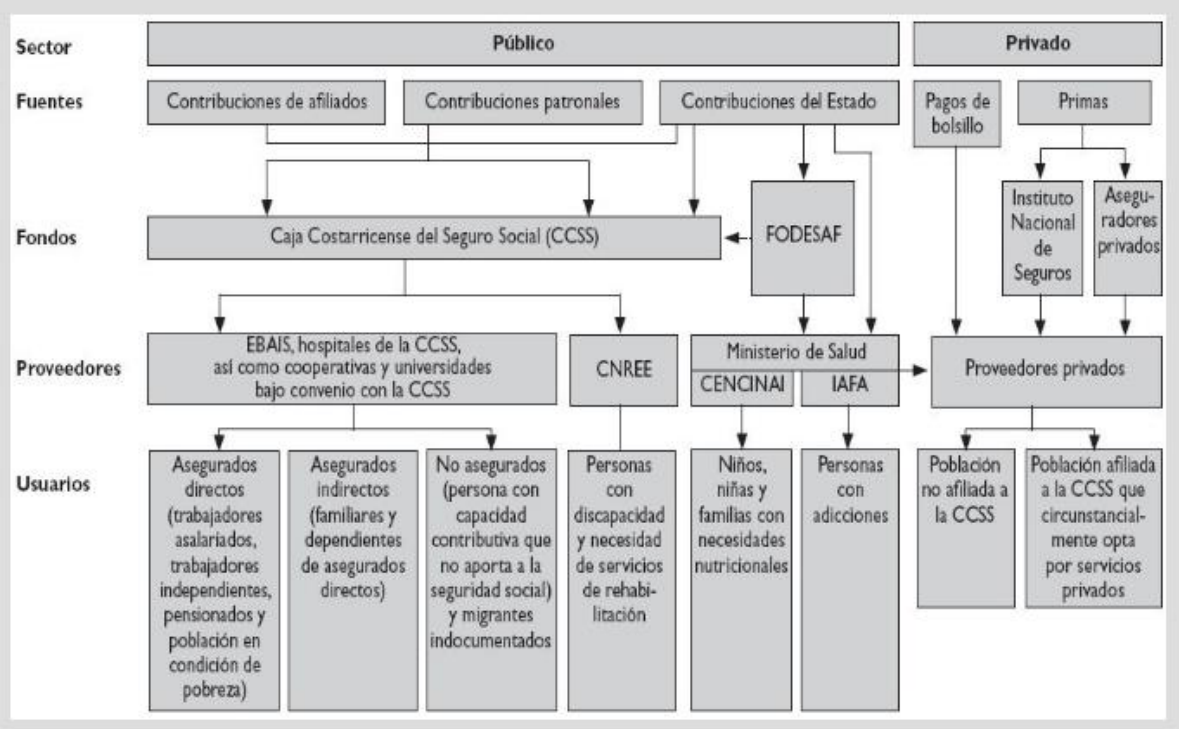
En este sentido, se crea la Caja Costarricense de Seguros Sociales (CCSS), institución que tiene como fin amparar los riesgos por enfermedad (de origen común), maternidad, invalidez, vejez y desempleo involuntario y deben estar afiliados de forma obligatoria todos los trabajadores que cuenten con un contrato de trabajo (asalariados) y de forma voluntaria los trabajadores independientes (Ley Constitutiva de la Caja Constarricense de Seguro Social CCSS. Ley 17 [Ley]. 22 de octubre de 1943, Asamblea Legislativa, Costa Rica, artículos 2-3).

La seguridad social se financia por un esquema de aportes tripartita para el caso de los trabajadores dependientes o asalariados: por pago de cuotas de los asegurados, de los empleadores y del Estado. Costa Rica ha realizado un esfuerzo importante por fortalecer su sistema y políticas en el orden de la protección social de su población. Es así, como por varias décadas ostentó ser el sistema más equitativo y universal de la región. Esto fue producto de un gran desarrollo del sistema normativo y políticas sociales que desde mediados del siglo XX se llevaron a cabo en el país. No obstante, el cambio hacia un sistema neoliberal lleva a una crisis en el ámbito de la protección social, que trae como consecuencia la necesidad de realizar reformas, en la primera década del siglo XXI.

Sin embargo, la característica principal del sistema de protección social costarricense es la articulación presente entre las políticas de orden social y su carácter universal que se plasman en la existencia de una amplia red de prestación de servicios y como complemento, la ejecución de programas orientados a la población pobre y vulnerable (Román Vega, 2012, pág. 19)eliminar. Como ejemplo de tales políticas, se encuentran aquellas que tienen como fin mismo la salud de la población, cuyo propósito se enmarca en "lograr que la mayoría de las personas tengan acceso a una vida larga y sana" (Román, 2012, p. 19).

Como se ha mencionado, la CCSS, es la única institución encargada del seguro de salud y pensiones. En cuanto al objeto del presente trabajo, la cobertura en salud se presenta mediante dos modalidades: asegurados directos (contributivos, que incluyen asalariados, trabajadores independientes, voluntarios y asegurados por convenios específicos) y no asegurados (no contributivos), siendo esta última la población pobre que no tienen forma de contribuir al sistema; en todos los casos se brinda protección por enfermedad y maternidad (Román, 2012, p. 20), como se observa en la figura 10. Tal seguro está diseñado para reconocer las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de los eventos enunciados (León, 2018).

Figura 10. Estructura del Sistema de Salud Costarricense.



CNREE: Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial de Costa Rica

EBAIS: Equipo Básico de Atención Integral en Salud

IAFA: Instituto de Alcoholismo y Farmacodependencia

INS: Instituto Nacional de Seguros

Fuente: tomado de Sáenz, et al., 2011(S157)

Su mecanismo de financiación tripartita está diseñado para que el empleador asuma el mayor porcentaje en la cotización al seguro por enfermedad y maternidad, conocido como SEM, siendo el 9.25%, mientras que destina el 4.91% al seguro de invalidez, vejez y muerte (SIVM) y por último el Estado aporta el 0.25% a cada régimen. En el caso de los trabajadores independientes, la cotización está sujeta a sus ingresos y oscila entre el 10.5% al 13.5% y el Estado contribuye con el 0.25% para cada régimen (Sáenz, et al., 2011).

En conclusión, el Sistema Nacional de Salud, creado por el Decreto Ejecutivo No. 19276-S, bajo la orientación del Ministerio de Salud y bajo la orientación del Ministerio de Salud, está conformado entre otras instituciones por la Caja Costarrricense de Seguro Social (CCSS), el Instituto Nacional de Seguros (I.N.S) y a su vez incluye los servicios de salud, seguros de salud y salud ocupacional. De esta forma la CCSS se encarga de la prestación de servicios de

salud a toda la población y otorgar la protección económica y social a la población vulnerable y de bajos recursos, mientras que el I.N.S protege a los trabajadores de los riesgos en el trabajo y asume las prestaciones asistenciales derivadas de los eventos laborales (García, 2004, pp. 12-15).

Entonces, el Sistema de Seguridad Social de Costa Rica, reconoce las prestaciones en salud, llamados seguros de salud, que son de dos tipos, según el origen de los eventos: a) prestaciones por accidentes laborales, enfermedades ocupacionales y accidentes de tránsito, cubiertos por el I.N.S; b) mientras que la CCSS, tiene cobertura sobre eventos de naturaleza común, mediante el Seguro de Enfermedad y Maternidad, pero también incluye las prestaciones sociales (García, 2004.

Además, se encuentran las prestaciones económicas que pueden ser pensiones y subsidios; estos últimos se destinan a la ayuda en casos de muerte del jefe de la familia, accidentes y enfermedades ocupacionales y accidentes de tránsito. Estos subsidios son reconocidos por la CCSS y el I.N.S (García González, 2004).

Como se observa en la descripción del sistema de seguridad social de Costa Rica fue por varias décadas en sistema más equitativo y universal, sin embargo, diversas reformas lo han llevado a tener un comportamiento similar a lo descrito en países anteriores. Existe una marcada división entre sistemas, contribuciones y riesgos cubiertos y la salud como un derecho que se garantiza mediante los servicios sanitarios.

Seguridad Social en México

La Constitución Política de los Estados Unidos de México ratificada en 1917, incluye los derechos sociales a: el derecho a la igualdad y la no discriminación; derecho a la salud, derecho a la educación y la vivienda; derecho al trabajo, derecho a un ambiente adecuado para el desarrollo humano y derecho a la alimentación. Tales derechos fueron implementados en los años 70, con cambios sustanciales en el 2011. También es de resaltar, que la Constitución reconoce los principios del sistema internacional de los Derechos Humanos con son la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Además, indica que

los tratados internacionales de Derechos Humanos firmados por México son de carácter constitucional (Valencia et al., 2013).

Es así como México entiende por seguridad social como aquella que busca mejorar y proteger el bienestar de la población trabajadora y sus familias, de tal forma que en el año 2011 se reforma el artículo 1° de la Constitución Política haciendo explícito el reconocimiento y garantía de los derechos humanos determinados en la Constitución y en los tratados internacionales, de tal forma que según el artículo 123 se declara la Seguridad Social como un derecho humano (Gobierno de México. Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, 2018). Otras interpretaciones, indican que, si bien es cierto para México no existe reconocimiento explícito al derecho a la seguridad social y su universalidad, tal sistema está diseñado para que el aseguramiento se garantice mediante diversas entidades destinadas a cubrir las necesidades de la población. Entre tales seguros, se encuentran: seguros de salud, jubilación, pensiones, seguros de accidentes laborales y discapacidad (Valencia, et al., 2013).

Como otros sistemas de seguridad analizados, este también condiciona los derechos recibidos en la Seguridad Social a la condición de trabajador vinculado mediante un contrato formal y a su vez, lo segmenta por trabajadores públicos y privados (Valencia, et al., 2013).

En el año 2004 se promulgó la Ley General de Desarrollo Social (LGDS) mediante la cual se garantiza el goce de los derechos sociales establecidos en la Constitución. Entre los derechos sociales, México reconoce la educación, alimentación, vivienda, medio ambiente sano, trabajo y seguridad social, y la no discriminación (Valencia, et al., 2013).

México se caracteriza por contar con varios sistemas de seguridad social, con dos principales entidades públicas encargadas de la administración de sus servicios. Tales instituciones son el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE). Al primero se afilian de forma obligatoria todas las personas que cuenten con un vínculo formal de trabajo; mientras que en el segundo se encuentran afiliados los trabajadores públicos (Gobierno de México. Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, 2018). Ambos seguros, de forma común, cuentan con los mismos

amparos: Riesgos de trabajo (accidente o enfermedad de trabajo); Enfermedades y maternidad; (atención médica y pago de incapacidades); Invalidez (enfermedad general que le impida laboral); Vida (muerte del asegurado); Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (pensión por edad y años cotizados); y Guarderías y prestaciones sociales (Gobierno de México. Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, 2018).

Como parte del desarrollo de la política de protección social para la población sin acceso a servicios de salud, se creó el Seguro Popular que entra en vigor en 2004, siendo financiado en un 80% por el gobierno federal y el resto de los recursos proviene de recursos federales y de las familias, el cual incluye servicios de salud pública y atención individual (Cotonieto-Martínez, 2020). Sin embargo, esta figura criticada por la presidencia de López Obrador, por considerarla de poca calidad en los servicios ha sido reemplazada por el nuevo Plan Nacional de Salud, con el cual se crea el Instituto de Salud para el Bienestar (INSABI), encargado de la universalidad de la salud mediante la estrategia de la gratuidad de los servicios de salud para la población no afiliada a algún sistema de seguridad social. Es así como desde el 1 de enero de 2020 toda la población sin seguridad social que cuente con un documento oficial de identificación o afiliación puede acceder de forma gratuita a atención en salud médica (medicamentos, análisis, estudios, diagnósticos clínicos, intervenciones quirúrgicas, y hospitalización) en los Centros de Salud, Centros de Salud con Servicios Ampliados (CESSA), Unidades Médicas de IMSS-Bienestar, Unidades de Especialidades Médicas (UNEMES) y Hospitales Rurales, Centros Comunitarios y Generales. Lo anterior requirió la reforma de la Ley General de Salud y la Ley de los Institutos Nacionales de Salud; mediante el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 29 de noviembre de 2019 (DOF. Decreto (DOF). 29 de noviembre de 2019, Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, México; Cotonieto-Martínez, 2020).

El sistema de seguridad social mexicano tiene como principal aspecto controversial su fragmentación, el que cuente con varios sistemas y a su vez varias entidades encargadas de proveer los servicios de protección social a determinados grupos poblacionales, aún con dificultades para el logro de la universalidad (Narro, et al., 2010).

4.2.2 Análisis comparado de la incapacidad temporal en los sistemas de seguridad social de los países de Iberoamérica

A continuación, se analiza la cobertura de la protección social derivada de la incapacidad temporal, teniendo en cuenta que, en todos los sistemas de seguridad social analizados previamente, se sustentan en modelos de aseguramiento y que gestionan entre otros riesgos la enfermedad (común o general) y la enfermedad laboral. En este apartado, se presenta inicialmente una síntesis del reconocimiento de la incapacidad temporal, a partir del examen de las siguientes variables relacionadas con tal derecho garantizado mediante los mecanismos de seguridad social instaurados: noción jurídica, sujetos con derecho, contingencias o riesgos amparados, origen, prestaciones (económicas y asistenciales), requisitos para el otorgamiento, duración y fuente de financiación.

A partir de la descripción normativa realizada en los apartados anteriores, se presentan los diferentes elementos característicos de la figura de incapacidad temporal en el orden jurídico vigente de cada uno de los países estudiados. De esta forma se lleva a cabo el análisis de las siguientes etapas propuestas en la metodología de Mancera (2008), como es la identificación de similitudes y diferencias y la aplicación de la prueba de funcionalidad (pp. 225-232) (Mancera Cota, 2008, págs. 225-232)eliminar.

España: La incapacidad temporal en el sistema de seguridad social

España: noción jurídica de incapacidad temporal

En España, el concepto de *incapacidad laboral transitoria*, se enuncia inicialmente en la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (Artic. 29-30); el Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (Artic. 126-127) y la Orden 13 octubre de 1967, expedida por el Ministerio de Trabajo de España, "*por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen general de la Seguridad Social*" (Artic. 1).

El concepto es el mismo en las normas enunciadas, indicando que se trata de:

Concepto. Tendrán la consideración de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria:

a) Los de enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo

b) Los denominados periodos de observación y sus asimilados o equivalentes en casos de enfermedades profesionales.

c) Los períodos de descanso, voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad (Derogado por el Real Decreto1251 del 16 de noviembre de 2001) (Ley 193 [LEY]. 28 de diciembre de1963, Ministerio de Trabajo, España, Base Quinta. Artic. 18; Base Séptima Artic. 29-30; Decreto 907 [DEC]. 21 de abril de 1966, Ministerio de Trabajo, España, artículos 126-127; Orden [BOE-A-1967-19566]. 13 de octubre de 1967, Ministerio de Trabajo, España)

Artículo 2. Prestación económica.

1. La prestación económica en cualquiera de las situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria que se señalan en el artículo anterior consistirá en un subsidio equivalente al setenta y cinco por ciento de la base de cotización del trabajador en la fecha en que se declare iniciada legalmente la incapacidad. Si encontrándose el trabajador en esta situación se produjese una modificación de las bases tarifadas de cotización, la cuantía de la prestación se calculará a partir de la iniciación de los efectos de dicha modificación sobre la nueva base que le corresponda.

2. Cuando la incapacidad proceda de accidente de trabajo o enfermedad profesional, y en tanto que la cotización correspondiente a dichas contingencias continúe efectuándose sobre las remuneraciones efectivamente percibidas, de acuerdo con lo preceptuado en el número 8 de la disposición transitoria tercera de la Ley de la Seguridad Social, serán de aplicación para determinar la base a que el presente número se refiere las normas establecidas para la incapacidad temporal en el Capítulo V del Reglamento aprobado por el Decreto de 22 de junio de 1956 (Boletín Oficial del Estado de 15 y 18 de julio) o las que expresamente apruebe el Gobierno, a propuesta

del Ministro de Trabajo, para sustituir aquéllas por otras específicas para la incapacidad laboral transitoria a que este número se refiere.

3. Las trabajadoras beneficiarias por maternidad tendrán derecho, (…) (Derogado por el Real Decreto1251 del 16 de noviembre de 2001) (Orden [BOE-A-1967-19566]. 13 de octubre de 1967, Ministerio de Trabajo, España).

El anterior concepto presenta una modificación en su descripción como prestación económica indicando que se trata de un *subsidio* y su reconocimiento sigue siendo "un tanto por ciento de las bases de cotización" (Decreto 907 [DEC]. 21 de abril de 1966, Ministerio de Trabajo, España, artículos 126-127). A partir del RDL 1 de 1994, el término presenta cambio en su denominación de *incapacidad laboral transitoria* a *incapacidad temporal*. Además, de la enunciación de las causas de la incapacidad se elimina los *estados*, dejando solo las *situaciones determinantes* de incapacidad (artículo 128).

La norma vigente al momento de desarrollar el presente estudio y que regula el tema de incapacidad temporal es el RDL 8 de 2015, de 30 de octubre, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. El texto cita:

> Artículo 169. Concepto.
>
> 1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:
>
> a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.
>
> b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

2. A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en la letra a) del apartado anterior, y de su posible prórroga, se computarán los períodos de recaída y de observación.

Se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior". (Real Decreto Legislativo 8 [RDL]. 30 de octubre de 2015, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España)

Artículo 171. Prestación económica.

La prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad temporal consistirá en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijará y se hará efectivo en los términos establecidos en esta ley y en sus normas de desarrollo. (Real Decreto Legislativo 8 [RDL]. 30 de octubre de 2015, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España)

En consecuencia, España ha determinado que como mecanismo de la Seguridad Social la incapacidad temporal, siendo una prestación económica tipo subsidio, a la que tienen derecho solo los trabajadores afiliados al Sistema. A manera de conclusión, es posible identificar los siguientes atributos en la definición de incapacidad temporal en España:

1. El trabajador debe estar en una *situación* causante de la incapacidad. Aplicando la noción de la RAE al concepto legal, es posible inferir que se trata de un "conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento" (Real Academia Española, s.f, definición 5).
    2. En este caso, tales determinantes (factores o circunstancias), son la causa de las enfermedades o accidentes que afectan a las personas (trabajadores), sin importar el origen, por lo tanto, estamos ante una figura que reconoce el determinismo de la enfermedad, es decir, necesariamente debe existir una relación causa-efecto para otorgar el derecho.

3. La afectación en la salud del trabajador (accidente o enfermedad) debe traer como consecuencia un daño en la salud de la persona y por ello existe la necesidad (es imperativo) de requerir atención por parte del sistema de salud. Como se ha mencionado, la Seguridad Social en España determina los riesgos objeto de protección por parte del Estado, cuando las personas presentan contingencias derivados de ellos. Caso contrario, si al presentar una enfermedad o accidente, que no requiere atención en salud, ni compromete la capacidad para trabajar, no hay lugar a la incapacidad.

Por esta razón, el primer acto que podría derivar en la consecución de la incapacidad temporal es por parte del trabajador, quien de forma subjetiva (valoración de la afectación) y objetiva (observación y evaluación de las limitaciones y afectaciones) toma la decisión de asistir a su servicio de salud. Tal decisión también puede estar en cabeza de la persona responsable que lo asiste en caso de no poder hacerlo por sí mismo. Los sucesos posteriores corresponden a la facultad que tiene el profesional en medicina otorgados por el sistema legal, no solo de realizar la valoración de la condición de salud y sus afectaciones iniciales, seguido de la organización del tratamiento y confirmación del diagnóstico, sino que, además, en el momento de emitir una certificación de incapacidad temporal, se encuentra estableciendo que el trabajador presenta una pérdida de capacidad para trabajar de forma temporal, mientras que se recupera y una vez da la alta médica, reconoce que ha caducado, extinguiendo así el derecho. Lo anterior puede considerarse un *acto jurídico*, por tratarse del reconocimiento y posterior revocación de un derecho del trabajador consagrado en el sistema jurídico español, entendido como una prestación asistencial y económica reglamentada en el sistema jurídico.

Es así, como en España la protección universal de las personas se da ante las contingencias más comunes, como lo es, la prestación de servicios de salud en caso de enfermedad. Sin embargo, por ser una prestación económica que hace parte de la Seguridad Social, se requiere que la persona tenga un vínculo laboral (Ayala, 2018). Entonces, la noción trae implícito que la incapacidad temporal depende de la existencia de una relación formal de trabajo, de la cual una persona obtenga su principal fuente de ingresos.

4. El impedimento para trabajar, para el caso de España, puede entenderse como la dificultad o limitación que dura algún tiempo para trabajar (nunca permanente) debido a la enfermedad o accidente y en todos los casos se espera que el trabajador retorne a su trabajo recuperado o rehabilitado.

Bajo esta denominación, el sistema jurídico que reglamenta la prestación, indica que, sin importar la gravedad, el *impedimento* es total, quiere decir, que el trabajador no está en capacidad de realizar sus actividades laborales, sin importar si el órgano o función afectado por la enfermedad o accidente no se relacione directamente con las capacidades requeridas para el trabajo para el cual fue contratado.

5. La noción incorpora enfermedad y accidente, tanto de origen común como laboral. Lo anterior lleva a pensar en el reconocimiento de la integridad de la persona como una unidad, en su condición biológica, psicológica, social y cultural, por ello el reconocimiento de la existencia de múltiples factores determinantes de la salud.

En este caso, la diferencia con otros países es que, sin importar el origen del evento, el pago de la incapacidad lo realiza la entidad seleccionada por el empleador, ya sea el Instituto Nacional de Seguridad Social o la Mutua.

6. Esta definición de incapacidad temporal incorpora como un factor diferenciador de otras, los periodos de observación por enfermedad profesional, siempre y cuando la persona debe ausentarse de trabajo. Estos periodos de observación son los tiempos requeridos para el estudio de la enfermedad laboral, hasta la confirmación del diagnóstico definitivo. En este caso el trabajador tiene derecho a recibir la prestación tanto asistencial como económica.

Reconocer la prestación de incapacidad temporal en los periodos enunciados puede considerarse como mecanismo de garantía del Derecho al Trabajo, puesto que durante ese tiempo el trabajador se encuentra en debilidad manifiesta al no contar con todas sus aptitudes y habilidades para desempeñar el trabajo.

7. Es un subsidio. Lo cual quiere decir que es un auxilio, una forma de evitar que su situación financiera se vea deteriorada por causa de la limitación temporal para trabajar. La incapacidad temporal es considerada una de las causas de suspensión temporal del contrato laboral, por esa razón no existe obligación de trabajar y por tanto que el empleador otorgue la remuneración, según el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo [RDL] 2. 23 de octubre de 2015. Estatuto de los Trabajadores, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España, artículo 45. Num. 1-c; Num. 2). En el mismo Estatuto en el artículo 48, se garantiza "el derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado" (artículo 48).

En síntesis y de acuerdo con la información reportada en el portal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, organismo del Ministerio de Trabajo y Economía Social de España, actualizada a agosto de 2020, la incapacidad temporal se rige por una diversidad de normas (Ver Anexo 2) que a su vez definen tal prestación en los siguientes términos:

a) Como una situación aplicable solo a trabajadores. Podría explicarse como un conjunto de factores o circunstancias que afectan a una persona en su salud, en un determinado momento de su ciclo vital y en su rol de trabajador.
b) Impedimento temporal para trabajar por enfermedad o accidente (laboral o común). Se trata de la imposibilidad en un determinado y limitado momento para asistir al trabajo por causa de enfermedad o accidente, sin importar el origen.
c) Se mantiene mientras la persona se encuentre en asistencia en salud en la Seguridad Social. Esta condición se requiere para la continuidad en la prestación.
d) En periodos de observación por enfermedad profesional, cuando la persona debe ausentarse de trabajo. Estos periodos de observación son los tiempos requeridos para el estudio de la enfermedad laboral, hasta la confirmación del diagnóstico definitivo.

El conjunto de normas que reglamentan esta prestación establece los siguientes requisitos generales para su otorgamiento (Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020):

a) Encontrarse afiliado al Sistema de Seguridad Social.

b) El trabajador debe estar en situación de alta o asimilada al alta en Seguridad Social
c) Contar con un periodo mínimo de cotización al Sistema de Seguridad Social.
d) Para enfermedad común, es necesaria una cotización mínima de 180 días en los últimos 5 años anteriores al hecho que origina la enfermedad
e) Por accidente (laboral y común) y enfermedad profesional, no se requiere periodo previo de cotización
f) Para trabajadores de tiempo parcial, se aplica un coeficiente de parcialidad que varía según el porcentaje de la jornada laboral, para establecer así el número de días cotizados, a los que se les suma lo días cotizados de tiempo completo.

En España, se consideran dos elementos al momento de determinar el monto de la prestación por incapacidad temporal, además de los requisitos enunciados: la base de cotización y la base reguladora.

g) La base de cotización al sistema es la que se realiza de forma conjunta entre el empleador y el trabajador y garantiza la protección en seguridad social al trabajador. Esta se calcula de acuerdo con la remuneración del trabajador. En España se utilizan dos bases de cotizaciones. La primera aplicable a riegos comunes (enfermedad y accidente común) y la segunda por riesgos laborales (enfermedad y accidente laboral). Esta última incluye las horas extra, mientras que la primera no (Gobierno de España. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2020).
h) La base reguladora, es "la cuantía que se emplea para determinar las prestaciones contributivas del sistema de la Seguridad Social" (BBVA, 2020). Se trata entonces de la cuantía, cantidad o proporción de dinero al que tiene derecho quien se beneficia de la prestación (en España aplica a las pensiones, subsidio de desempleo, a la incapacidad permanente y al subsidio de incapacidad temporal, aunque de forma diferente para cada situación). En el caso de la incapacidad temporal, se trata de un porcentaje determinado por la normatividad legal. Según la información que suministra el Ministerio de Trabajo y Economía Social de España esta base se calcula teniendo en cuenta el origen del evento; así cuando es de origen común (enfermedad o accidente) "es el cociente de dividir la base de cotización por contingencias comunes del trabajador del mes anterior a la fecha de baja, por el número de días a

que corresponde dicha cotización" (Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020) (figura 9); mientras que por origen laboral (enfermedad y accidente):

> es el cociente de dividir la base de cotización por contingencias profesionales del trabajador del mes anterior a la fecha de la baja, por el número de días a que corresponde dicha cotización (teniendo en cuenta que en el caso de haberse realizado horas extraordinarias se tomará el promedio de las cotizaciones efectuadas por este concepto en los doce meses precedentes) (Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020).

A manera de conclusión, puede decirse que la IT en España, aplicable al contexto general y en los eventos de origen común (no se tienen en cuenta las excepciones), tiene las siguientes características:

a) La IT es una prestación económica cuyo fin es cubrir la falta de ingresos del trabajador al encontrarse en una situación de enfermedad o accidente (de cualquier origen) que le impida temporalmente trabajar y requiere prestación de servicios de salud. Tiene el carácter de subsidio diario.
b) Tienen derecho aquellas personas afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta
c) Es necesario cumplir con el tiempo de cotización exigido para enfermedad y accidente común. Este periodo de tiempo no es exigible en el caso de eventos laborales.
d) Los 3 primeros días de la prestación los asume el trabajador, no hay cobro de la prestación. En el caso de los eventos laborales, como enfermedad laboral y accidente de trabajo la prestación se otorga desde el día siguiente.
e) La base reguladora inicia en 60% y aumenta su porcentaje hasta el 75%, en la medida en que aumentan los días de incapacidad; sin embargo, en la enfermedad laboral y accidente de trabajo el porcentaje es del 75% desde el inicio.
f) Por regla general, las IT tienen una duración máxima de 360 días, pero pueden ser prorrogadas 180 días más, si existe concepto favorable de recuperación. En este

periodo de tiempo, ya sea el Servicio Público de Salud o la Mutua, serán los encargados del pago de la prestación.

g) Durante los periodos de observación de la enfermedad laboral o accidente de trabajo, la IT tiene una duración de 6 meses, con opción de ser prorrogado 6 meses más.
h) Los convenios colectivos pueden incluir condiciones complementarias, otorgando hasta el 100% del salario en caso de IT. También existe la posibilidad de que el empleador de forma voluntaria asuma el monto diferencia hasta completar el 100%, lo que se conoce como "mejora voluntaria de la prestación de la Seguridad Social" (Junta de Andalucía, 2020).
i) La responsabilidad del pago de la prestación puede recaer en la empresa, el INSS o la mutua. En todo caso, es la empresa la encargada de hacer el pago a través de la nómina, excepto cuando se trata de empresas de menos de 10 trabajadores y la IT dure más de 6 meses, casos en los cuales el pago lo realiza directamente el INSS o la mutua (Junta de Andalucía, 2020).

España: Sujetos con derecho a la incapacidad temporal

De acuerdo con lo explicado, la noción trae implícito que aquellos que tienen derecho a recibir la incapacidad temporal como prestación económica, en el marco de la Seguridad Social, son los trabajadores, siempre dependiendo de la existencia de una relación formal de trabajo, de la cual una persona obtenga su principal fuente de ingresos.

De esta forma, como lo indica el artículo 7.1, quienes hacen parte al sistema contributivo y por tanto tienen derecho a sus prestaciones son los españoles y extranjeros que residan o que se encuentren legalmente en el país, sin importar su sexo, estado civil y profesión. Estas personas deben estar ejerciendo su actividad en el territorio español. En este grupo están contemplados (Real Decreto Legislativo 8 [RDL]. 30 de octubre de 2015, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España):

- Trabajadores por cuenta ajena, según lo indica el artículo 1.1 del Estatuto de Trabajadores: incluye trabajadores eventuales, de temporada o fijos; trabajo discontinuo, trabajadores independientes. Su afiliación es sin importar la cuantía de la remuneración y la naturaleza de la relación laboral.

- Trabajadores por cuenta propia o autónomos: titulares o no de empresas familiares o individuales y mayores de 18 años que cumplan con los requisitos legales.
- Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado
- Estudiantes
- Funcionarios públicos, civiles y militares

España: Contingencias o riesgos amparados

A manera de conclusión, puede decirse que la IT en España, aplicable al contexto general y en los eventos de origen común (no se tienen en cuenta las excepciones), tiene las siguientes características:

a) La IT es una prestación económica cuyo fin es cubrir la falta de ingresos del trabajador al encontrarse en una situación de enfermedad o accidente (de cualquier origen) que le impida temporalmente trabajar y requiere prestación de servicios de salud. Tiene el carácter de subsidio diario.
b) Tienen derecho aquellas personas afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta
c) Es necesario cumplir con el tiempo de cotización exigido para enfermedad y accidente común. Este periodo de tiempo no es exigible en el caso de eventos laborales.
d) Los 3 primeros días de la prestación los asume el trabajador, no hay cobro de la prestación. En el caso de los eventos laborales, como enfermedad laboral y accidente de trabajo la prestación se otorga desde el día siguiente.
e) La base reguladora inicia en 60% y aumenta su porcentaje hasta el 75%, en la medida en que aumentan los días de incapacidad; sin embargo en la enfermedad laboral y accidente de trabajo el porcentaje es del 75% desde el inicio.
f) Por regla general, las IT tienen una duración máxima de 360 días, pero pueden ser prorrogadas 180 días más, si existe concepto favorable de recuperación. En este periodo de tiempo, ya sea el Servicio Público de Salud o la Mutua, serán los encargados del pago de la prestación.
g) Durante los periodos de observación de la enfermedad laboral o accidente de trabajo, la IT tiene una duración de 6 meses, con opción de ser prorrogado 6 meses más.

h) Los convenios colectivos pueden incluir condiciones complementarias, otorgando hasta el 100% del salario en caso de IT. También existe la posibilidad de que el empleador de forma voluntaria asuma el monto diferencia hasta completar el 100%, lo que se conoce como "mejora voluntaria de la prestación de la Seguridad Social" (Junta de Andalucía, 2020).

i) La responsabilidad del pago de la prestación puede recaer en la empresa, el INSS o la mutua. En todo caso, es la empresa la encargada de hacer el pago a través de la nómina, excepto cuando se trata de empresas de menos de 10 trabajadores y la IT dure más de 6 meses, casos en los cuales el pago lo realiza directamente el INSS o la mutua (Junta de Andalucía, 2020).

Prestaciones derivadas de la Incapacidad Temporal en España

En España, se consideran dos elementos al momento de determinar el monto de la prestación por incapacidad temporal, además de los requisitos enunciados: la base de cotización y la base reguladora.

a) La base de cotización al sistema es la que se realiza de forma conjunta entre el empleador y el trabajador y garantiza la protección en seguridad social al trabajador. Esta se calcula de acuerdo con la remuneración del trabajador. En España se utilizan dos bases de cotizaciones. La primera aplicable a riegos comunes (enfermedad y accidente común) y la segunda por riesgos laborales (enfermedad y accidente laboral). Esta última incluye las horas extra, mientras que la primera no (Gobierno de España. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2020).

b) La base reguladora, es "la cuantía que se emplea para determinar las prestaciones contributivas del sistema de la Seguridad Social" (BBVA, 2020). Se trata entonces de la cuantía, cantidad o proporción de dinero al que tiene derecho quien se beneficia de la prestación (en España aplica a las pensiones, subsidio de desempleo, a la incapacidad permanente y al subsidio de incapacidad temporal, aunque de forma diferente para cada situación). En el caso de la incapacidad temporal, se trata de un porcentaje determinado por la normatividad legal. De acuerdo con la información que suministra el Ministerio de Trabajo y Economía Social de España, esta base se calcula teniendo en cuenta el origen del evento; así cuando es de origen común (enfermedad

o accidente) es “es el cociente de dividir la base de cotización por contingencias comunes del trabajador del mes anterior a la fecha de baja, por el número de días a que corresponde dicha cotización” (Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020) (figura 11); mientras que por origen laboral (enfermedad y accidente):

> es el cociente de dividir la base de cotización por contingencias profesionales del trabajador del mes anterior a la fecha de la baja, por el número de días a que corresponde dicha cotización (teniendo en cuenta que en el caso de haberse realizado horas extraordinarias se tomará el promedio de las cotizaciones efectuadas por este concepto en los doce meses precedentes) (Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020).

Figura 11. Cálculo de la base reguladora de la prestación por incapacidad temporal, España

$$BR = \frac{\text{Base de contingencias comunes del mes anterior a la baja}}{\text{30 (salario mensual) o número de días cotizados en ese mes (salario diario) (28, 29, 30 o 31)}}$$

Fuente: tomado de Junta de Andalucía. La incapacidad temporal por contingencias comunes: accidente no laboral o enfermedad común.

De acuerdo con lo anterior y según la información tomada, la persona que ostente el derecho a la incapacidad temporal recibirá un subsidio económico en función del origen de la incapacidad que será (Gobierno de España. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud, s/f):

a) De un 75% de la base reguladora por enfermedad profesional o accidente de trabajo
b) Un 60% de la base reguladora desde el día 4 hasta el día 20 de la incapacidad causada por enfermedad común o accidente no laboral.
c) Un 75% de la base reguladora a partir del día 21 de la incapacidad causada por enfermedad común o accidente no laboral.

<u>España: Requisitos para el otorgamiento y extinción del derecho</u>

En España, de acuerdo con la reglamentación interna de la incapacidad temporal, se establecen unos periodos de duración máxima de la prestación económica y unos requisitos generales para su reconocimiento.

> Artículo 169 num 2. A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en la letra a) del apartado anterior, y de su posible prórroga, se computarán los períodos de recaída y de observación.
>
> Se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales (Real Decreto Legislativo 8 [RDL]. 30 de octubre de 2015, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España).

En resumen, el conjunto de normas que reglamentan esta prestación establece los siguientes requisitos generales para su otorgamiento y pérdida del reconocimiento de tal prestación: (Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020):

a) Encontrarse afiliado al Sistema de Seguridad Social.
b) El trabajador debe estar en situación de alta o asimilada al alta en Seguridad Social
c) Contar con un periodo mínimo de cotización al Sistema de Seguridad Social.
d) Para enfermedad común, es necesaria una cotización mínima de 180 días en los últimos 5 años anteriores al hecho que origina la enfermedad
e) Por accidente (laboral y común) y enfermedad profesional, no se requiere periodo previo de cotización
f) Para trabajadores de tiempo parcial, se aplica un coeficiente de parcialidad que varía según el porcentaje de la jornada laboral, para establecer así el número de días cotizados, a los que se les suma lo días cotizados de tiempo completo.

Una vez explicados los diferentes aspectos de una incapacidad temporal, se pueden distinguir varios modos por los que se pierde el derecho al subsidio de incapacidad temporal (Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020):

a) Por el transcurso de los plazos máximos establecidos.
b) Por alta médica.

c) Comenzar a recibir la pensión de jubilación.
d) Por la declaración de incapacidad laboral permanente.
e) Por fallecimiento del beneficiario.

España: Duración de la incapacidad temporal en España

La norma que establece el término para el reconocimiento de la prestación por incapacidad temporal por enfermedad o accidente sin importar el origen es de un término máximo de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación [literal a) del numeral 1, artículo 128 del RDL 1/1994, de 20 de junio, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social [Derogada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre].

Adicionalmente, se indica un máximo seis (6) meses, como lo indica el literal b) del numeral 1, artículo 128 del RDL 1/1994, de 20 de junio, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social [Derogada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre] para:

> Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad (RDL 1/1994, de 20 de junio).

El mismo artículo señala en el numeral 2 que "el período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en el apartado a) del número anterior, y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación" (RDL 1/1994, de 20 de junio).

La Ley 40 de 2007 (artículo 1) realiza modificaciones al artículo 128 del RDL 1 de 1994, manteniendo el plazo máximo de un año y otorga facultades al Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de sus órganos competentes para ser quien reconozca la prórroga de 6 meses y un límite de 6 meses más de prórroga en las condiciones indicadas en el RDL en el numeral 1-a. En conclusión, según esta norma el plazo máximo era de 2 años, sin contar

nuevas incapacidades por recaídas o patologías derivadas del evento inicial (Ley 40 [Ley]. 4 de diciembre de 2007, España, artículo 1), pero su reforma indica en la actualidad que la máxima duración de la incapacidad temporal es de 545 días (1.5 años), después de este plazo deberá declararse la existencia o no de la incapacidad permanente parcial (Real Decreto Legislativo 8 [RDL]. 30 de octubre de 2015, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España, artículo 169, num. 1-b)

Como lo indica el RDL 8 de 2015, de 30 de octubre, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, norma vigente que regula el tema de incapacidad temporal, el término de esta prestación será de 365 días, prorrogables por 180 días más, si existe posibilidad de recuperación del trabajador (artículo 169, num 1-a). Se suman los periodos de recaída y observación (artículo 169, num 2). Por su parte los periodos de observación por enfermedad profesional tienen una duración máxima de 6 meses, prorrogables por otros 6 meses, siempre y cuando se requiera para el estudio y diagnóstico de la enfermedad (Real Decreto Legislativo 8 [RDL]. 30 de octubre de 2015, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España, artículo 169, num. 1-b)

La síntesis del proceso de incapacidad temporal se observa a través de las siguientes figuras:

Figura 12. Procedimiento para la gestión de las bajas en caso de contingencias comunes, España.

Fuente: tomado de Junta de Andalucía. La incapacidad temporal por contingencias comunes: accidente no laboral o enfermedad común.

Tabla 4. Prestación económica durante el periodo de incapacidad temporal.

Prestación por enfermedad común o accidente no laboral	
Días: 1.º, 2.º, 3.º	No se cobra prestación
Días: 4.º al 20.º (17 días)	60 % de la base reguladora A cargo del empresario: 4.º al 15.º día (doce días)
	A cargo del INSS: 16.º al 20.º día (cinco días)
Días: 21 a 18 meses	75 % de la base reguladora A cargo del INSS
Prestación por enfermedad profesional o accidente laboral. 75 % de la base reguladora desde el día siguiente a la baja. A cargo del INSS o de la mutua.	

Fuente: tomado de Junta de Andalucía. La incapacidad temporal por contingencias comunes: accidente no laboral o enfermedad común.

Durante la incapacitad temporal, se deben realizar inspecciones médicas para valorar el grado de recuperación de la capacidad de trabajo de la persona incapacitada y se podrá modificar la duración estimada de la baja (acortarla o alargarla). Una vez transcurridos los períodos máximos, el INSS tendrá que valorar si el estado de salud no es el adecuado y si es necesario pasar a una incapacidad permanente.

España: Fuente de financiación de la Incapacidad Temporal

El Sistema de Seguridad Social Español, según los establece la Constitución (artículo 41) y la Ley General de la Seguridad Social (artículo 109. Num. 3-a), por ser de carácter público y unitario, en el sistema contributivo financia sus gastos principalmente de las cotizaciones o cuotas realizadas por empleadores y trabajadores al sistema para el pago de las prestaciones económicas y asistenciales, de acuerdo con lo descrito anteriormente. Lo anterior debe entenderse como una contribución tributaria con carácter redistributivo, buscando satisfacer las necesidades que en esta materia presente la población general (Gobierno de España. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2021). Existen otras fuentes de financiación como aportes del Estado, recaudos por recargos y sanciones y rentas e intereses, pero su disposición es para otros aspectos del Sistema (Gobierno de España. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2021).

De esta forma existe por una parte la capitalización integrada por las cuotas o cotizaciones con un destino específico que son las prestaciones y por otro lado el reparto de estas cotizaciones a corto plazo en forma de prestaciones a los beneficiarios del Sistema bajo el principio de solidaridad (entre generaciones, activos-pasivos y entre territorios de la nación) (Gobierno de España. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2021).

La incapacidad temporal en el sistema de seguridad social de Chile

Como se ha descrito, el Sistema de Salud chileno es mixto (público-privado). En el caso del aseguramiento público administrado por Fonasa, quienes se encuentran afiliados tienen derecho a prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la enfermedad común y la maternidad. A tales prestaciones pueden acceder mediante dos modalidades: Modalidad de Atención Institucional (MAI) y la Modalidad de Libre Elección (MLE) (González, et al., 2019; Gobierno de Chile. Subsecretaría de Previsión Social, s/f).

En este contexto, la incapacidad temporal, denominada *licencia por enfermedad común* trae consigo el derecho al reconocimiento de un subsidio por incapacidad laboral y solo es atribuible a los trabajadores dependientes e independientes. Este subsidio se considera como un beneficio que reemplaza la falta de ingresos del trabajador por causa de una contingencia o estado que causa "la suspensión transitoria de la capacidad de trabajo causada por una enfermedad o accidente común" (Gobierno de Chile. Subsecretaría de Previsión Social, s/f); para ello se debe cumplir con determinados requisitos enunciados en el marco normativo. La entidad que regula el subsidio por incapacidad laboral es la Superintendencia de Seguridad Social (González, et al., 2019; Gobierno de Chile. Subsecretaría de Previsión Social, s/f)

En el caso de las incapacidades laborales por origen común, se otorgan los subsidios según sea trabajadores dependientes del sector privado o trabajadores independientes. Para los primeros los subsidios están regulados por el D.F.L. N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; y para los trabajadores independientes es el D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, artículos 149 y siguientes y, supletoriamente, el D.F.L. N° 44 de 1978. Tales condiciones generales son las siguientes, de acuerdo con las normas mencionadas:

- El trabajador dependiente o independiente debe encontrarse en licencia médica por estar enfermo (Ley 18.469 [Ley]. 14 de noviembre de 1985, Ministerio de Salud, Chile, pág. Artic. 18)
- El subsidio por incapacidad laboral de origen común se paga de acuerdo con su duración. Si se trata de 11 días o más, se pagan desde el primer día, mientras que cuando se trata de menos de 11 días, se pagan desde el 4 día (4 a 10 días), asumiendo el trabajador los 3 primeros días, salvo que el empleador se haya obligado mediante contrato individual o colectivo del trabajo, por un convenio colectivo o fallo arbitral; sin embargo, cuando se trata de prórrogas de la incapacidad por el mismo diagnóstico y en la suma de los días, sea mayor a 11, se reconoce el pago desde el primer día (artículo 14. Decreto con Fuerza de Ley 44, 1978, de 24 de Julio).
- La duración de subsidio finaliza al terminar la licencia médica, aún si se ha dado por terminado el contrato de trabajo (artículo 15. Decreto con Fuerza de Ley 44, 1978, de 24 de Julio), lo cual quiere decir que no hay un límite determinado para recibir el subsidio por incapacidad laboral, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación.
- Tener 6 meses de afiliación previsional previos al mes en que se inicia la licencia y 3 meses de cotización dentro de esos 6 meses en el caso de los trabajadores dependientes (artículo 4. Decreto con Fuerza de Ley 44, 1978, de 24 de Julio). En el caso de accidente no se requiere el cumplimiento de estos periodos (artículo 6. Decreto con Fuerza de Ley 44, 1978, de 24 de Julio).
- Tener 12 meses de afiliación previos al mes en que se inicia la licencia y 6 meses de cotización dentro de esos 12 meses en el caso de los trabajadores independientes (artículo 149. Decreto con Fuerza de Ley 1, 2005, de 23 de septiembre).
- En el caso de los subsidios de origen común “se financian con cargo a la cotización de salud que paga el trabajador de un 7 % de su remuneración imponible o la superior que haya pactado con una ISAPRE” (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f).

Las entidades encargadas de administrar el subsidio por incapacidad laboral son (Decreto 1 con Fuerza de Ley [DFL]. 24 de abril de 2006, Ministerio de Salud. Subsecretaría de Salud Pública, Chile, artículo 151; Ley 18.469 [Ley]. 14 de noviembre de 1985, Ministerio de Salud, Chile, artículo 20; González, et al., 2019):

- Las Isapres para sus afiliados.
- Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (CCAF) para sus afiliados, ya que estos no están afiliados a Isapres.
- Las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (Compin) o las Unidades de Licencias Médicas, para los beneficiarios Fonasa no afiliados a una CCAF. En este caso, la centralización del pago del SIL está a cargo de la Subsecretaría de Salud Pública.

El reconocimiento del derecho se da por un acto médico, en el que se ordena la licencia médica y justifica la ausencia al trabajo por enfermedad (laboral o común) o accidente (de trabajo o general) del trabajador (González, et al., 2019).

Para el caso de la enfermedad laboral y el accidente de trabajo, Chile cuenta con un subsistema especializado para tal fin y que brinda la atención en salud y beneficios económicos derivados de los eventos laborales a los trabajadores formales. El subsistema de Salud Ocupacional, basado en el aseguramiento, como el de Salud, deja a cargo del empleador la financiación de este seguro y en el caso del trabajador independiente, es quien asume una cotización equivalente al 0,93%de la remuneración o renta imponible. Además, en ambos casos, la cotización varía según la actividad y el riesgo en el que se encuentra la empresa clasificada (González, et al., 2019)

En casos laborales, la Ley 16.744 de 1968, artículos 27, 29, 31 y siguientes determinan lo que se entiende por la prestación para eventos laborales. Según esta Ley, las entidades que administran el seguro y de realizar las actividades de prevención, tratamiento, rehabilitación y entrega de prestaciones económicas, son las Mutuales de Empleadores, los Administradores Delegados del Seguro, y el Instituto de Seguridad Laboral (González, et al., 2019). Es así, como las anteriores entidades, se encargan de reconocer el subsidio de incapacidad temporal, como un mecanismo para “reemplazar las remuneraciones durante el período en que el trabajador requiere guardar reposo, o no se encuentre en condiciones de reincorporarse a su trabajo” (González, et al., 2019, p. 142).

En el caso de Chile, existe una diferencia conceptual y procedimental entre la licencia médica y la incapacidad laboral. La licencia médica, es un derecho que recae sobre todo trabajador y le faculta ausentarse del trabajo o reducir la jornada laboral, por indicación de un

profesional de la salud certificado (médico, odontólogo) y en todos los casos se otorga por un tiempo determinado por el profesional para su recuperación. Tal licencia debe ser autorizada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (Compin), de la Secretaría Regional Ministerial de Salud (Seremi) o Institución de Salud Previsional que corresponda (Decreto 3 [Dec]. 28 de Mayo de 1984, Ministerio de Salud, Chile, artículo 1). La incapacidad laboral es el subsidio que se otorga durante la vigencia de la incapacidad médica "a cargo a la entidad de previsión, institución o fondo especial respectivo" (Decreto 3 [Dec]. 28 de Mayo de 1984, Ministerio de Salud, Chile, artículo 1).

La licencia médica tiene varias características enunciadas en la normatividad (Decreto 3 [Dec]. 28 de Mayo de 1984, Ministerio de Salud, Chile, artículos 5-6):

1) Debe entenderse como un *acto médico-administrativo*, en el que intervienen el trabajador, el profesional que la certifica, la Compin o ISAPRE competente, el empleador y la entidad previsional o la Caja de Compensación de Asignación Familiar correspondiente. A su vez tiene unas formalidades para su expedición.
2) La enfermedad o lesión que requiera de lapso para la recuperación del trabajador debe ser certificado por el médico, odontólogo o matrona (en caso de parto)
3) Esta licencia, tiene una particularidad en su expedición. A juicio del profesional que la certifica, la gravedad y naturaleza de la enfermedad o lesión, así como el tipo de incapacidad que genere, podrá determinar reposo total o parcial. Esto tiene como efecto que el trabajador pueda reducir su jornada laboral o ausentarse por completo. En el caso del reposo parcial, se trata de la reducción de la mitad de la jornada laboral

Para el caso de enfermedades laborales y accidentes de trabajo (Ley 16744 [Ley]. 23 de enero de 1968, Ministerio de Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría de Previsión Social, Chile, artículos 27, 30-31) que generen incapacidad temporal, aplica también los artículos 3, 7, 8, 10, 11, 17, 19 y 22 del DFL N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría de Previsión Social, en el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 18.469 y en el artículo 17 del decreto ley N° 3.500 de 1980. El consolidado de las principales normas relacionadas con la incapacidad laboral en Chile, se presentan en el anexo 3.

Chile: noción jurídica de incapacidad temporal

En Chile, En este contexto, la incapacidad temporal, denominada *licencia por enfermedad común* trae consigo el derecho al reconocimiento de un subsidio por incapacidad laboral y solo es atribuible a los trabajadores dependientes e independientes. Este subsidio se considera como un beneficio que reemplaza la falta de ingresos del trabajador por causa de una contingencia o estado que causa la suspensión transitoria de la capacidad de trabajo causada por una enfermedad o accidente común.

Es necesario indicar que en Chile existe una diferenciación entre aquella incapacidad de origen común a la laboral. En el caso laboral, el artículo 27 de la Ley N°16.744 indica que este tipo de incapacidad es una prestación pecuniaria derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional (Ley 16744 [Ley]. 23 de enero de 1968, Ministerio de Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría de Previsión Social, Chile).

A su vez, la misma Ley define la incapacidad temporal para eventos de origen laboral como:

- Un derecho de todo trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo o enfermedad profesional (artículo 30).
- Es un subsidio que se reconoce desde el primer día, en caso de accidente o desde la comprobación de la enfermedad, hasta su recuperación, curación o rehabilitación o la declaración de la invalidez (artículo 31).
- Tiene una duración limitada, no solo el reconocimiento del pago, sino de la asistencia. Su duración es de 52 semanas prorrogables por otras 52 semanas, solo en casos de mejorar el tratamiento o para la rehabilitación. Si el trabajador no mejora en este periodo, se presume el estado de invalidez (artículo 31)
- Este subsidio se reconoce inclusive para días feriados y está excluido de impuestos o cotizaciones de previsión social. La persona mantiene su estatus de activo en la institución de previsión social a la cual se encuentra afiliado (artículo 32) (Decreto con Fuerza de Ley 44 [DFL]. 01 de junio de 1978, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Chile, artículo 3).
- Una de las causas que termina con el derecho a recibir este subsidio es el abandono, impedir o la negación a continuar con el tratamiento (artículo 33)

Por su parte para los eventos de origen común (accidente y enfermedad no relacionada con el trabajo) se define como:

> El subsidio por incapacidad laboral es un beneficio en dinero que tiene por finalidad cubrir la contingencia o estado de necesidad que se le genera a un trabajador o trabajadora por la suspensión transitoria de la capacidad de trabajo, originada por enfermedad o accidente común, que reemplaza a la remuneración o renta del trabajador, siempre que se cumplan ciertos requisitos mínimos de afiliación y cotización (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f).

Para establecer el derecho al que tiene una persona a la incapacidad temporal, Chile en su sistema normativo describe la figura de *la licencia médica*. Tal licencia tiene varias características enunciadas en la normatividad (Decreto 3 [Dec]. 28 de Mayo de 1984, Ministerio de Salud, Chile, págs. Artic 1, 5-6):

1. Es un derecho que tiene el trabajador que le faculta a ausentarse con justa causa del trabajo o reducir su jornada laboral por un tiempo determinado, siguiendo las orientaciones e indicaciones de un médico, odontólogo o matrona (profesionales). Esta licencia debe ser reconocida por el empleador y a su vez autorizada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (Compin) de la Secretaría Regional Ministerial de Salud (Seremi) o Institución de Salud Previsional (artículo 1).

De esta forma se trata del ausentismo justificado y establecido como el derecho que tiene el trabajador a la jornada de reposo preventivo, enunciado en el artículo 11 de la Ley 6174 de 1938. Tal derecho es irrenunciable y tiene como propósito vigilar el estado de salud de los trabajadores y prevenir enfermedades sin importar el origen, siendo parte de las actividades de medicina preventiva a cargo de las Cajas de Previsión y Mutuales (Ley 6174 [Ley]. 31 de enero de 1938, Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, Chile). El reposo preventivo podrá ser parcial o total. Parcial cuando se trata de jornadas de reposo preventivo (50 por ciento de la jornada diaria ordinaria]) y total cuando es absoluto (Ley 6174 [Ley]. 31 de enero de 1938, Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, Chile, artículo 5).

Se garantiza en caso de reposo preventivo que el empleador al finalizar el tratamiento debe llevar a cabo el reintegro del trabajador (Ley 6174 [Ley]. 31 de enero de 1938, Ministerio de

Salubridad, Previsión y Asistencia Social, Chile, artículo 6). En el mismo articulado se indica que el empleador debe pagar el salario proporcional correspondiente a la jornada en la que labora el trabajador, en el caso del reposo parcial y la otra parte la Caja de Previsión.

Es interesante la consideración del *reposo parcial o absoluto*. Si bien es cierto se trata de un acto médico-legal, puede suponerse que se el profesional está en capacidad de valorar la afectación que trae consigo la enfermedad o la lesión en las actividades de la vida diaria, ocupacionales, laborales, familiares y sociales del trabajador. Es así, como puede recomendar una suspensión completa o parcial de sus actividades en conjunto, lo que redunda en la pronta recuperación y reintegro del trabajador a su actividad laboral, disminuyendo los indicadores de ausentismo por enfermedad y contribuyendo a la productividad de la empresa.

2. Durante la vigencia de la licencia médica, el trabajador goza del subsidio de incapacidad laboral a cargo de la entidad de previsión, institución o fondo especial respectivo, o de la remuneración regular de su trabajo o de ambas en la proporción que corresponda (artículo 2).

3. Debe entenderse como un *acto médico-administrativo*, en el que intervienen el trabajador, el profesional que la certifica, la Compin o ISAPRE competente, el empleador y la entidad previsional o la Caja de Compensación de Asignación Familiar correspondiente. A su vez tiene unas formalidades para su expedición.

4. La enfermedad o lesión que requiera de lapso para la recuperación del trabajador debe ser certificado por el médico, odontólogo o matrona (en caso de parto)

5. Esta licencia, tiene una particularidad en su expedición. A juicio del profesional que la certifica, la gravedad y naturaleza de la enfermedad o lesión, así como el tipo de incapacidad que genere, podrá determinar reposo total o parcial. Esto tiene como efecto que el trabajador pueda reducir su jornada laboral o ausentarse por completo. En el caso del reposo parcial, se trata de la reducción de la mitad de la jornada laboral

Como se observa, el sistema normativo en Chile que reglamenta la materia ha querido separar dos momentos en un mismo proceso. Por una parte, el acto médico-administrativo constituido

por la licencia médica. Ese certificado que indica la condición del trabajador y que trae consigo la ejecución de un protocolo para su tratamiento y recuperación. De otra parte, se encuentra el acto médico-legal, ya que, según el derecho consagrado en las normas enunciadas, el trabajador recibe una prestación económica en forma de subsidio. Es así, como se requiere de la primera, la licencia médica, para obtener la prestación denominada incapacidad temporal.

En eventos de origen común, las entidades que participan en la administración del subsidio son las siguientes: Las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) o las Unidades de Licencias Médicas según corresponda, respecto de los afiliados a FONASA no afiliados a CCAF. En este caso, la Subsecretaría de Salud Pública centraliza el pago de los subsidios otorgados a estos afiliados. Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (CCAF) respecto de sus afiliados no afiliados a ISAPRE, con la sola excepción de la autorización de las licencias médicas que dan origen a los subsidios, función que le compete a las COMPIN. Las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) respecto de sus afiliados. La regulación en materia de subsidios por incapacidad laboral de origen común compete a la Superintendencia de Seguridad Social. No obstante, tratándose de afiliados a ISAPRE, los reclamos relativos a estos subsidios deben efectuarse ante la COMPIN correspondiente al domicilio del trabajador, y de la resolución de éstos pueden apelar a la Superintendencia de Seguridad Social (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f).

Chile: Sujetos con derecho a la incapacidad temporal

Quienes se benefician de la incapacidad temporal en Chile por eventos de origen común son los trabajadores sin importar el sexo. En todos los casos para el sector privado se trata de trabajadores dependientes que a su vez se encuentran afiliados a alguno de los sistemas previsionales; de igual forma contempla a los trabajadores independientes (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f).

Como se ha explicado el derecho a la incapacidad temporal se otorga al trabajador como efecto de la licencia médica, es decir, se trata de un permiso para no asistir al trabajo mientras se recupera de la enfermedad o lesión (Decreto 3 [Dec]. 28 de Mayo de 1984, Ministerio de Salud, Chile, artículos 1, 5-6).

Es así como la Ley N° 16.744 de 1968 establece que, para efectos de la incapacidad temporal derivada de eventos de origen laboral, las personas protegidas son (Artíc. 2): Todos los trabajadores por cuenta ajena, los funcionarios públicos de la Administración Civil del Estado, municipales y de instituciones administrativamente descentralizadas del Estado; los estudiantes que deban ejecutar trabajos que signifiquen una fuente de ingreso para el respectivo plantel; los trabajadores independientes y los trabajadores familiares.

A su vez los trabajadores independientes cuentan con el mismo derecho que los anteriores según el artículo 135-b y 149 del Decreto con Fuerza de Ley 1 de 2006, en el que se indica que además de los trabajadores dependientes, los independientes que usen la licencia de incapacidad total o parcial perciben el subsidio por enfermedad según lo indicado en el Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Chile: Contingencias o riesgos amparados

Como se ha descrito, en Chile se reconoce el derecho a la prestación económica de incapacidad temporal derivada de la licencia médica por causa de la enfermedad y accidente sin importar el origen (laboral o común). En todo caso se deben cumplir ciertos requisitos como son:

a) Encontrarse vinculado laboralmente, es decir contar con un contrato laboral vigente.
b) El trabajador debe tener la licencia médica de tal forma que cumpla con los criterios enunciados.
c) Tener seis meses de afiliación previsional anteriores al mes en que se inicia la licencia.
d) Haber cotizado al menos tres meses dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica (para eventos de origen común). Es decir 90 días de cotizaciones. Si se trata de trabajadores con contratos inferiores al mes, debe ser de al menos 30 días de cotizaciones continuas o discontinuas dentro de los 180 días anteriores a la licencia médica.

En este caso, será la entidad previsional a la que esté afiliado el trabajador la responsable del pago del subsidio de incapacidad temporal por eventos comunes de la siguiente forma (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f):

e) Las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) o las Unidades de Licencias Médicas según corresponda, respecto de los afiliados a FONASA no afiliados a CCAF.
f) Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (CCAF) respecto de sus afiliados no afiliados a ISAPRE, con la sola excepción de la autorización de las licencias médicas que dan origen a los subsidios, función que le compete a las COMPIN.
g) Las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) respecto de sus afiliados.

De otra forma, las entidades de previsión social que tienen a su cargo la administración del seguro contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales son por una parte las mutualidades de empleadores y por otra, el Instituto de Seguridad Laboral (ISL). En el ISL estarán todos los empleadores que no estén afiliados a las mutualidades, según la Ley Nº 16.744 de 1968 (artíc. 8).

Chile: Prestaciones derivadas de la Incapacidad Temporal

Las reglas para el reconocimiento de la incapacidad temporal están establecidas principalmente en el Decreto con Fuerza de Ley 44 de 1978, como lo indican los siguientes artículos:

> Artículo 8°.- La base del cálculo para la LEY 18482 determinación del monto de los subsidios considerará Art. 75 a) los datos existentes a la fecha de iniciación de la licencia médica y será una cantidad equivalente al promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio, o de ambos, que se hayan devengado en los tres meses calendario más próximos al mes en que se inicia la licencia (Decreto con Fuerza de Ley 44 [DFL]. 01 de junio de 1978, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Chile).
>
> Artículo 10°. Las remuneraciones ocasionales o que correspondan a períodos de mayor extensión que un mes, tales como gratificaciones, bonificaciones o aguinaldos de Navidad o Fiestas Patrias, no se considerarán para la determinación de las bases de cálculo establecidas en los artículos anteriores (Decreto con Fuerza de Ley 44 [DFL]. 01 de junio de 1978, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Chile).

> Artículo 17°. El monto diario de los subsidios no podrá ser inferior a la trigésima parte del cincuenta por ciento del ingreso mínimo que rija para el sector privado. Con todo, tratándose de trabajadores que tengan más de un empleador o que revistan a la vez, las calidades de trabajador dependiente e independiente, tendrán derecho al aludido subsidio mínimo en el evento que la suma de los subsidios que hubieren devengado en un mismo período no supere el monto de aquél (Decreto con Fuerza de Ley 44 [DFL]. 01 de junio de 1978, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Chile).
>
> Artículo 19°. El pago de los subsidios corresponde a la entidad que deba otorgarlos o al empleador, si lo ha convenido con la entidad otorgante (Decreto con Fuerza de Ley 44 [DFL]. 01 de junio de 1978, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Chile).

En el caso de los riesgos generales o no laborales, los subsidios por incapacidad laboral (SIL) cubren desde el primer día de la licencia médica si ésta es superior a 10 días, o desde el cuarto día si es igual o inferior a 10 días. Cuando una licencia es otorgada inmediatamente a continuación de otra licencia y por el mismo diagnóstico, se consideran como una sola licencia, para efectos de determinar el número de días de subsidio a pagar, así como para el cálculo del monto del subsidio (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f).

Por su parte, el monto diario de los subsidios por incapacidad laboral, cualquiera sea su origen, no puede ser inferior a la trigésima parte del 50% del ingreso mínimo para fines no remuneracionales (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f).

<u>Chile: Requisitos para el otorgamiento y extinción del derecho</u>

En Chile, se determinan unos requisitos para el otorgamiento de la incapacidad temporal, diferentes según el origen del riesgo (laboral o general). Los requisitos para acceder al derecho de incapacidad temporal por origen común o general en el caso de los trabajadores dependientes, implica tener una licencia médica (incapacidad médica) que cumpla con las respectivas formalidades y autorización. Además, tener al menos 6 meses de cotización

dentro de los seis meses anteriores a la fecha en la cual inicia la licencia médica, lo que debe ser equivalente a 90 días de cotizaciones; pero si se trata de trabajadores contratados por día, por turnos o jornadas, puede rebajarse a 1 mes (equivalente a 30 días) de cotizaciones continuas o discontinuas dentro de los 180 días anteriores a la licencia médica; y por último contar con un contrato de trabajo vigente (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f).

Los requisitos para los trabajadores independientes se derivan de los establecido en el D.F.L. N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, en el cual se indica que esta clase de trabajadores puede hacer uso de su licencia por incapacidad total o parcial para trabajar, si se trata de una enfermedad o accidente no laboral y a su vez tiene el derecho de recibir un subsidio en los términos previsto por el Decreto con Fuerza de Ley N°44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social en lo no regulado en el citado D.F.L. N°1 (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f).

En términos generales para acceder al reconocimiento del subsidio por incapacidad (enfermedad y accidente general), se debe cumplir con: (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f):

a) Contar con una licencia médica autorizada.
b) Tener doce meses de afiliación a salud anteriores al mes en el que se inicia la licencia.
c) Contar con al menos seis meses de cotizaciones continuas o discontinuas dentro del período de doce meses de afiliación a salud, anteriores al mes en que se inició la licencia.
d) Estar al día en el pago de las cotizaciones. Para estos efectos se considerará al día al trabajador que hubiere pagado la cotización correspondiente al mes anterior a aquél en que se produzca la incapacidad.

Chile contempla la posibilidad de que los trabajadores independientes cuya renta imponible anual sea inferior a 4 ingresos mínimos mensuales y que de acuerdo a su normatividad interna no están obligados a cotizar, pueden hacerlo voluntariamente, lo cual les da derecho a que se les otorgue el derecho a subsidio por incapacidad laboral, si cumplen con los requisitos de

acceso a que se refieren los numerales 1., 2., 3. y 4. del artículo 149 del D.F.L. N°1 (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f).

Para el cálculo de los subsidios de origen común de los trabajadores independientes del artículo 89 del D.L. N°3500, las entidades pagadoras del subsidio deberán considerar la renta imponible anual, dividida por 12 (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f). Sin embargo, se contempla aquellos casos en el que el trabajador independiente optó por cotizar por menos de la renta imponible anual, por lo tanto, el subsidio se calculará con la renta anual por la que efectivamente pagó cotizaciones, dividida por 12 (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f).

Durante los períodos de incapacidad laboral, la entidad pagadora del subsidio debe enterar en las entidades administradoras de los regímenes de pensiones y salud que corresponda las cotizaciones para pensiones, salud y desahucio que procedan, las que son de cargo del respectivo régimen de salud. Además, debe descontar del subsidio y enterar en la Administradora de Fondos de Cesantía (AFC), la cotización para el seguro de cesantía de cargo del trabajador (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f).

El derecho al subsidio de incapacidad temporal se extingue cuando estando el trabajador en reposo preventivo desempeñe otro trabajo remunerado en las horas destinadas al tratamiento. Lo anterior es causal para la pérdida del derecho. (Ley 6174 [Ley]. 31 de enero de 1938, Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, Chile, artículo 12).

Chile: Duración de la incapacidad temporal en Chile

De acuerdo con la Ley N°16.744, la incapacidad temporal como prestación pecuniaria originada en accidentes del trabajo y enfermedades profesionales da derecho al accidentado o enfermo a percibir un subsidio durante toda la duración del tratamiento, desde que ocurrió el siniestro laboral o se comprobó la enfermedad hasta la curación del afiliado o su declaración de invalidez. La duración máxima del período de subsidio será de 52 semanas pudiendo prorrogarse por igual período, cuando ello sea necesario para un mejor tratamiento de la víctima o para atender su rehabilitación. Si transcurridas las 52 semanas o 104, en su

caso, y no se logra la curación y/o la rehabilitación del paciente, debe presumirse que presenta un estado de invalidez.

En caso de eventos comunes, los subsidios por incapacidad laboral (SIL) cubren desde el primer día de la licencia médica si ésta es superior a 10 días, o desde el cuarto día si es igual o inferior a 10 días. Cuando una licencia es otorgada inmediatamente a continuación de otra licencia y por el mismo diagnóstico, se consideran como una sola licencia, para efectos de determinar el número de días de subsidio a pagar, así como para el cálculo del monto del subsidio. El empleador no tiene la obligación de pagar estos tres días, salvo que se haya obligado por contrato individual o colectivo del trabajo, por un convenio colectivo o fallo arbitral.

Chile: Fuente de financiación de la Incapacidad Temporal

Los subsidios originados por una enfermedad común o accidente que no sea del trabajo y sus respectivas cotizaciones se financian con cargo a la cotización obligatoria para el respectivo régimen de prestaciones de salud (Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social, s/f).

Con respecto de las cotizaciones por los riesgos en el trabajo, las empresas deben pagar por cada uno de sus trabajadores dos clases de cotizaciones: a) una cotización básica del 0,95% sobre las remuneraciones imponibles de la empresa, cotización que es de cargo del empleador, y b) una cotización adicional diferenciada de hasta un 3,40% en función de la actividad y riesgo de la empresa, cotización que también es de cargo del empleador (artículos 15 y 16, Ley Nº 16.744)

La incapacidad temporal en el sistema de seguridad social de Costa Rica

Como se ha mencionado, el Sistema de Salud de Costa Rica, tiene su fundamento en el aseguramiento, pero se encuentra dirigido y controlado por el Estado. Cuenta con la Caja Costarricense de Seguros Sociales -CCSS-, entidad administradora, que como se ha descrito se encarga del recaudo de las cotizaciones, la administración de estas, y la prestación de los servicios de salud y el pago de las prestaciones por enfermedad común y maternidad.

El carácter universal del seguro de salud permite lograr la cobertura de la población no solo por la afiliación obligatoria (trabajadores asalariados, independientes y pensionados)[12], sino que además incluye mecanismos de vinculación voluntaria, siendo el Estado como garante un aportante subsidiario en la atención integral de la salud (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículos 1,3,6-7,9).

Es importante resaltar que el Seguro de Salud en Costa Rica opera de forma obligatoria para los trabajadores antes mencionados y un grupo de trabajadores afiliados por cuenta del Estado que por sus condiciones económicas no pueden cumplir con los requisitos de la cotización, entre quienes se incluyen las personas jefas de familia y población en estado de pobreza[13], quienes también hacen parte del grupo de trabajadores asegurados de forma directa mediante un mecanismo especial de financiamiento basado en núcleos familiares (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículos 10-11, 11 bis). Sin embargo, el derecho a las prestaciones que reciben aquellos asegurados directos por el Estado, se limita a la atención en salud y no incluye el pago de subsidios por enfermedad y licencias[14].

Es así, como el Seguro de Salud cubre tres clases de prestaciones sociales: a) Atención Integral a la Salud, b) Prestaciones en Dinero y c) Prestaciones Sociales. Estas prestaciones cuentan con limitaciones por el principio de la sostenibilidad financiera del sistema. Como parte de la atención integral a la salud, se otorga, en caso de enfermedad la incapacidad, entendida como un "periodo de reposo por pérdida temporal de las facultades o aptitudes para el desempeño de las labores habituales (trabajo) u otras compatibles con ésta" (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículo 26). En todos los casos, tal incapacidad debe ser certificada por médico u odontólogo de la Caja, lo cual da derecho al reconocimiento del subsidio y solo es aplicable a trabajadores activos en el sistema

[12] Reformado mediante sesión N°8061 del 30 de mayo del 2006.

[13] Reformado mediante sesión N° 9090 del 2 de abril del 2020 y corregido mediante Fe de Erratas y publicada en el Alcance Digital N° 212 a La Gaceta N° 199 del 11 de agosto del 2020, página N° 42

[14] Adicionado en sesión N°9079, del 13 de febrero de 2020

(Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículo 26)

A su vez, la incapacidad implica para los trabajadores un subsidio, una prestación económica que "tiene el propósito de sustituir parcialmente la pérdida de ingreso que sufra el asegurado directo activo por causa de incapacidad por enfermedad" (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículo 28; Reglamento 8712 para el otorgamiento de licencias e incapacidades a los beneficiarios del seguro de salud [Reglamento]. 24 de abril de 2014, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículos 2, 5). En el mismo artículo se define como incapacidad prolongada aquella que supera los 180 días.

Pero para aquellos que tienen la condición de asegurados a cargo del Estado, y por lo tanto no tienen derecho al subsidio por incapacidad, se les otorga una ayuda económica por incapacidad debido a enfermedad (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículos 27, 38).

Los requisitos para el otorgamiento del subsidio por enfermedad son:

1. El trabajador debe estar vivo
2. Contar con los plazos mínimos de cotización indicados en la normatividad vigente, como es "la cotización en el mes anterior y el aporte de 6 cuotas mensuales dentro de los últimos 12 meses anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad" (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículo 34)[15].

El reconocimiento del subsidio por enfermedad común durante los tres primeros días está a cargo del empleador reconociendo el 50% del salario y una vez supera este plazo, es decir, a partir del cuarto día es la CCSS quien asume el subsidio reconociendo el 60%, por un lapso

[15]Reformado mediante sesión N°8061 del 30 de mayo del 2006). Reformado en forma parcial mediante resolución de la Sala Constitucional N° 10658 del 8 de agosto de 2012, que anuló el párrafo final de este artículo

no superior a 2 años, tomando como base para el cálculo el salario base de cotización (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículos 35-36).

Por su parte están los seguros contra riesgos profesionales regulados por el Código de Trabajo y cuyas prestaciones están a cargo del Instituto Nacional de Seguros. Es obligación de todo empleador afiliar a sus trabajadores a este seguro que cubre las prestaciones asistenciales y económicas del accidente y enfermedad laboral. En el caso de Costa Rica a diferencia de los demás países analizados, son riesgos del trabajo no solo los accidentes y enfermedades laborales, sino que además incluye "la agravación o reagravación como consecuencia directa, inmediata e indudable de las enfermedades y accidentes laborales" (Ley 6727 sobre Riesgos del Trabajo [Ley]. Reforma al Código de Trabajo. 9 de marzo de 1982, Asamblea Legislativa, Costa Rica, artículo Reforma artic 195).

En este caso, según el sistema normativo de riesgos laborales, Costa Rica contempla como efecto del accidente y de la enfermedad laboral (riesgos del trabajo) la incapacidad temporal, como una clase de incapacidad. La incapacidad temporal se define como "la constituida por la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilita al trabajador para desempeñar el trabajo por algún tiempo" (Código de Trabajo. Ley 2 [Ley]. 29 de agosto de 1943, Asamblea Legislativa, Costa Rica, artículo 223; Ley 6727 sobre Riesgos del Trabajo [Ley]. Reforma al Código de Trabajo. 9 de marzo de 1982, Asamblea Legislativa, Costa Rica, Reforma artículo 223) y en general debe cumplir los mismos requisitos para su finalización como lo es: el alta al tratamiento, el abandono injustificado de las prestaciones asistenciales, la muerte del trabajador o por exceder el plazo máximo de 2 años en estado de incapacidad temporal. Luego de este tiempo se suspende la prestación económica para definir la pérdida de capacidad laboral, aunque continua la prestación asistencial (Código de Trabajo. Ley 2 [Ley]. 29 de agosto de 1943, Asamblea Legislativa, Costa Rica, artículos 223, 237; Ley 6727 sobre Riesgos del Trabajo [Ley]. Reforma al Código de Trabajo. 9 de marzo de 1982, Asamblea Legislativa, Costa Rica, pág. Reforma artículo 237).

El reconocimiento de este subsidio es del 60% del salario durante los primeros 45 días y después se otorga el 100% (Código de Trabajo. Ley 2 [Ley]. 29 de agosto de 1943, Asamblea Legislativa, Costa Rica, artículo 236; Ley 6727 sobre Riesgos del Trabajo [Ley]. Reforma al Código de Trabajo. 9 de marzo de 1982, Asamblea Legislativa, Costa Rica, Reforma artículo

236). En el anexo 4 se observa la síntesis de las normas que regulan la incapacidad temporal en Costa Rica.

Costa Rica como parte de su sistema de protección social contempla la figura del asegurado por cuenta del Estado. Tal figura aplica cuando el asegurado directo o familiar no puede cubrir las cotizaciones del seguro de salud y por elle es el Estado el llamado a cubrir tales cotizaciones mediante el mecanismo especial de financiamiento basado en núcleos familiares, según la Ley 5349 de 1973 y el Decreto Ejecutivo 17898-S. A su vez se encuentra la figura del asegurado voluntario, aquellas personas con capacidad contributiva no obligadas a cotizar, pero lo realizan de forma voluntaria (Así reformado en el artículo 36º de la sesión número 8061 del 30 de mayo del año 2006). De igual forma se encuentra el mecanismo de la asistencia social individual y familiar, como una ayuda de tipo social hacia el asegurado que tiene como fin resolver necesidades relativa a la atención integral en salud (Así reformado en el artículo 36º de la sesión número 8061 del 30 de mayo del año 2006).

Para los casos enunciados anteriormente, Costa Rica incluye en su sistema un monto o pago a manera de ayuda económica que se paga por incapacidad por enfermedad o licencia por maternidad, cuando el trabajador no ha cotizado por los plazos de calificación establecidos para el pago de subsidios (Así reformado en el artículo 36º de la sesión número 8061 del 30 de mayo del año 2006). A diferencia de la incapacidad entendida como el período de reposo ordenado por los médicos u odontólogos de la Caja o médicos autorizados por ésta, al asegurado directo activo que no esté en posibilidad de trabajar por pérdida temporal de las facultades o aptitudes para el desempeño de las labores habituales u otras compatibles con ésta. El documento respectivo justifica la inasistencia del asegurado a su trabajo, a la vez lo habilita para el cobro de subsidios; su contenido se presume verdadero *iuris tantum* (Así reformado en el artículo 36º de la sesión número 8061 del 30 de mayo del año 2006).

Costa Rica: noción jurídica de incapacidad temporal

Como se indicó anteriormente, el Sistema de Salud de Costa Rica, basado en el aseguramiento es administrado por la Caja Costarricense de Seguros Sociales -CCSS-, encargada entre otras actividades, del pago de las prestaciones por enfermedad común y maternidad.

En este caso, la incapacidad temporal es un *subsidio*, por ello hace parte de las prestaciones en dinero como parte de la atención integral en salud. Su definición como lo indica el artículo 2 del Reglamento para el otorgamiento de licencias e incapacidades a los beneficiarios del seguro de salud y reforma reglamento del Seguro de Salud el interior del Trabajo, el Seguro, invalidez y muerte, el (sic) afiliación, Instructivo pago prestaciones, etc, (Reglamento No. 8712 del 24/04/2014; Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica) es:

> Artículo 2. Definiciones.
>
> Incapacidad:
>
> Período de reposo ordenado por los médicos u odontólogos de la Caja o médicos autorizados por ésta, al asegurado directo activo que no esté en posibilidad de trabajar, por pérdida temporal de las facultades o aptitudes para el desempeño de las labores habituales u otras compatibles con ésta, con el fin de propiciar la recuperación de la salud, mediante el reposo del asegurado (a) activo (a) y su reincorporación al trabajo, el cual genera el derecho a obtener el pago de un subsidio o de una ayuda económica, derechos que están sujetos a los plazos de calificación establecidos en el Reglamento del Seguro de Salud. La naturaleza y el sentido de la incapacidad parte de la acreditación, por valoración del médico competente, de que la persona está afectada por una disminución o alteración de sus capacidades normales físicas o psíquicas que le impiden la realización normal de su trabajo, de ahí que temporalmente se suspende para el asegurado (a) activo (a) su obligación de presentarse a laborar, con el fin de que reciba el tratamiento adecuado y guarde el reposo necesario para su recuperación. En ningún caso se otorgará una incapacidad a una persona sana, aunque fuere para cuidar a un paciente enfermo, excepto en los casos en que se mantenga la vigencia del artículo 10 bis del Reglamento de Seguro de Salud (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículo 2).

En el caso particular del sistema de salud costarricense, se especifica quienes, como profesionales, se encuentran facultados para otorgar la incapacidad. Así lo especifica Reglamento para el otorgamiento de licencias e incapacidades a los beneficiarios del seguro

de salud y reforma reglamento del Seguro de Salud el interior del Trabajo, el Seguro, invalidez y muerte, la afiliación, Instructivo pago prestaciones, etc, (Reglamento No. 8712 del 24/04/2014). Los aspectos para resaltar frente a la regulación de la incapacidad temporal son:

1. Si bien es cierto el artículo en referencia hace alusión al *asegurado* como aquella persona que ostenta el derecho a la incapacidad, se infiere que el texto hace referencia a los trabajadores asegurados. Por lo tanto, se reitera la condición de contar con un vínculo laboral reconocido por la legislación de este país.
2. Además, se encuentran elementos comunes a otras definiciones como la imposibilidad de trabajar debido a la alteración temporal de aptitudes o facultades y la necesidad de contar con un tiempo para su recuperación y posterior reintegro al trabajo, lo que supone el fin de la incapacidad.
3. En la normativa original como sus reformas, en esta noción se reconoce el acto del reconocimiento de la incapacidad caracterizado por la autonomía profesional en el marco de la relación entre el profesional de la salud y el paciente (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículo 26)

De esta forma, es el profesional, por ejemplo, el médico quien, bajo su juicio como profesional, establece si las *capacidades normales* se ven alteradas o disminuidas, en su condición física o psíquica. Al parecer, en una primera lectura, esta noción no contempla las capacidades sociales o psicosociales. Tal vez sea necesario, para establecer la respuesta al problema planteado, realizar un análisis de ciertos conceptos asociados a la incapacidad temporal como lo son la capacidad, desempeño laboral u ocupacional, aptitud, facultad, recuperación y reintegro laboral.

4. Es interesante como en el artículo 3 del Reglamento No. 8712 del 24/04/2014, se establecen los principios que rigen el otorgamiento de las incapacidades y licencias, a saber: buena fe, confidencialidad, criterio científico, ética y moral médica, integridad, lealtad, legalidad, probidad, racionalidad, razonabilidad, rectitud y veracidad. A su vez, de forma reiterada y con mayor explicación describe en el artículo 5 el objeto de la incapacidad temporal estableciendo que:

- Solo es atribuible a trabajadores asegurados activos
- Es consecuencia de la pérdida temporal de aptitudes o facultades que le impidan trabajar (se exceptúan actividades físicas o recreativas indicadas por el médico necesarias para la recuperación)
- Implica la obligación del asegurado de cumplir las órdenes del médico mientras dure la incapacidad, pues de ello depende su recuperación
- Aunque la incapacidad formaliza el compromiso entre el médico y el asegurado, no necesariamente concede el derecho a recibir el subsidio económico, pues estos derechos están sujetos a los plazos de calificación establecidos en el Reglamento del Seguro de Salud
- La incapacidad temporal implica suspensión del contrato de trabajo

5. A su vez, la incapacidad implica para los trabajadores un subsidio, una prestación económica que "tiene el propósito de sustituir parcialmente la pérdida de ingreso que sufra el asegurado directo activo por causa de incapacidad por enfermedad" (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículo 28; Reglamento 8712 para el otorgamiento de licencias e incapacidades a los beneficiarios del seguro de salud [Reglamento]. 24 de abril de 2014, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículo 2, 5). En el mismo artículo se define como incapacidad prolongada aquella que supera los 180 días.

Pero para aquellos que tienen la condición de asegurados a cargo del Estado, y por lo tanto no tienen derecho al subsidio por incapacidad, se les otorga una ayuda económica por incapacidad debido a enfermedad (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículos 27, 38)

Los requisitos para el otorgamiento del subsidio por enfermedad son:

a. El trabajador debe estar vivo
b. Contar con los plazos mínimos de cotización indicados en la normatividad vigente, como es "la cotización en el mes anterior y el aporte de 6 cuotas mensuales dentro de los últimos 12 meses anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad"

(Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículos 34)[16]

Por su parte están los seguros contra riesgos profesionales regulados por el Código de Trabajo y cuyas prestaciones están a cargo del Instituto Nacional de Seguros. Es obligación de todo empleador afiliar a sus trabajadores a este seguro que cubre las prestaciones asistenciales y económicas del accidente y enfermedad laboral. En el caso de Costa Rica a diferencia de los demás países analizados, son riesgos del trabajo no solo los accidentes y enfermedades laborales, sino que además incluye "la agravación o reagravación como consecuencia directa, inmediata e indudable de las enfermedades y accidentes laborales" (Ley 6727 sobre Riesgos del Trabajo [Ley]. Reforma al Código de Trabajo. 9 de marzo de 1982, Asamblea Legislativa, Costa Rica, pág. Artic. 1. Reforma artículo 195).

En este caso, según el sistema normativo de riesgos laborales, Costa Rica contempla como efecto del accidente y de la enfermedad laboral (riesgos del trabajo) la incapacidad temporal, como una clase de incapacidad. La incapacidad temporal se define como "la constituida por la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilita al trabajador para desempeñar el trabajo por algún tiempo" (Código de Trabajo. Ley 2 [Ley]. 29 de agosto de 1943, Asamblea Legislativa, Costa Rica, artículos 223; Ley 6727 sobre Riesgos del Trabajo [Ley]. Reforma al Código de Trabajo. 9 de marzo de 1982, Asamblea Legislativa, Costa Rica, Reforma artic. 223) y en general debe cumplir los mismos requisitos para su finalización como lo es: el alta al tratamiento, el abandono injustificado de las prestaciones asistenciales, la muerte del trabajador o por exceder el plazo máximo de 2 años en estado de incapacidad temporal. Luego de este tiempo se suspende la prestación económica para definir la pérdida de capacidad laboral, aunque continua la prestación asistencial (Código de Trabajo. Ley 2 [Ley]. 29 de agosto de 1943, Asamblea Legislativa, Costa Rica, artículos 223, 237; Ley 6727 sobre Riesgos del Trabajo [Ley]. Reforma al Código de Trabajo. 9 de marzo de 1982, Asamblea Legislativa, Costa Rica, Reforma artículos 237).

[16]Reformado mediante sesión N°8061 del 30 de mayo del 2006). Reformado en forma parcial mediante resolución de la Sala Constitucional N° 10658 del 8 de agosto de 2012, que anuló el párrafo final de este artículo

Costa Rica: Sujetos con derecho a la incapacidad temporal en Costa Rica

En Costa Rica, tienen derecho al subsidio por incapacidad temporal tanto trabajadores (asalariados) como trabajadores independientes, siempre y cuando sean asegurados activos, según indica el artículo 7 del Reglamento para el otorgamiento de licencias e incapacidades a los beneficiarios del seguro de salud y reforma reglamento del Seguro de Salud el interior del Trabajo, el Seguro, invalidez y muerte, la afiliación, Instructivo pago prestaciones, etc.

El subsidio es definido en la misma norma, en el artículo 2 (Definiciones) como:

> el subsidio es la suma de dinero que se paga al asegurado(a), activo(a), durante los períodos de incapacidad por enfermedad, riesgo de trabajo, accidente de tránsito, fase terminal o de licencia por maternidad, producto de un acto médico y tiene el propósito de suministrar un ingreso económico que permita cubrir las necesidades básicas del trabajador, siempre y cuando cumpla con los requisitos de cotización que establece la normativa vigente (Reglamento para el otorgamiento de licencias e incapacidades, artículo 7).

Como lo indica el Reglamento del Seguro de Salud, en su artículo 11 que el aseguramiento en salud se otorga a trabajadores asalariados, trabajadores independientes, Pensionado de régimen público contributivo o no contributivo, cotizante voluntario, asegurado por cuenta del Estado (Decreto Ejecutivo No. 17898-S), amparado por protección Familiar reformado en el artículo 37° de la sesión número 9090 del 02 de abril del año 2020) y población en condición de pobreza reformado en el artículo 36º de la sesión número 8061 del 30 de mayo del año 2006), sin embargo solo aquellos con la condición de asegurado activo, asalariado o independiente, con enfermedad común tiene derecho a recibir el subsidio por incapacidad (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículo 29).

Contingencias o riesgos amparados en Costa Rica

Costa Rica: Prestaciones derivadas de la Incapacidad Temporal

Reglamento del Seguro de Salud establece una diferencia en el reconocimiento de la cuantía del subsidio de incapacidad temporal para asalariados frente a trabajadores independientes. En el caso de los asalariados, tienen derecho a recibir como subsidio de incapacidad por enfermedad general hasta cuatro veces el aporte contributivo total (Trabajador, Patrono y

Estado) al Seguro de Salud, calculado por el promedio de los salarios o ingresos procesados por la Caja en los tres meses inmediatamente anteriores a la incapacidad. Se considera salario el monto de la cotización utilizado como base de cotización según lo reporta el empleador con el cual laboral.

Por su parte los trabajadores independientes el monto del subsidio de incapacidad está sujeto a la cotización realizada por éste y el Estado, según lo indica la tabla del artículo 36 del Reglamento del Seguro de Salud. En este contexto para recibir el 100% del subsidio debe haber aportado al sistema 9 meses o más, mientras que al cotizar 1 o 2 meses, solo recibe el 25% del subsidio.

Tabla 5. Porcentaje de subsidio para trabajadores independientes en Costa Rica

Meses cotizados	**Porcentaje de subsidio según aporte**
De 01 a 02 meses	25%
De 03 a menos de 06 meses	50%
(ayuda económica)	
De 06 a menos de 09 meses	75%
De 09 meses o más	100%

Fuente: Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica (artículo 36)

El reconocimiento del subsidio por enfermedad común durante los tres primeros días está a cargo del empleador reconociendo el 50% del salario y una vez supera este plazo, es decir, a partir del cuarto día es la CCSS quien asume el subsidio reconociendo el 60%, por un lapso no superior a 2 años, tomando como base para el cálculo el salario base de cotización (Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997, Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica, artículo 35-36).

El reconocimiento de este subsidio es del 60% del salario durante los primeros 45 días y después se otorga el 100% (Código de Trabajo. Ley 2 [Ley]. 29 de agosto de 1943, Asamblea Legislativa, Costa Rica, artículo 236; Ley 6727 sobre Riesgos del Trabajo [Ley]. Reforma al Código de Trabajo. 9 de marzo de 1982, Asamblea Legislativa, Costa Rica, Reforma artículo 236).

Costa Rica: Requisitos para el otorgamiento y extinción del derecho

De acuerdo con el Reglamento de Salud (2006), en su artículo 29, el derecho al subsidio por incapacidad se deriva de la incapacidad temporal para trabajar generada por la enfermedad de origen común que sufre el trabajador, ya sea en condición de asalariado o independiente, que debidamente se encuentre asegurado y en todos los casos, la incapacidad debe ser declarada por los médicos de la CCSS o los autorizados por el sistema legal (Reglamento del Seguro de Salud (Reglamento). 30 de mayo de 2006, Caja Costarricense del Seguro Social, Costa Rica, artículos 29-31).

A su vez, el derecho extingue por muerte del trabajador asegurado activo, asalariado o independiente; la terminación del período de incapacidad o de licencia; por cumplimiento del plazo máximo de pago señalado el Reglamento de Salud (artículo 34º); por prescripción, una vez transcurridos 6 meses contados a partir de la finalización del período de incapacidad; por abandono injustificado del tratamiento, de las prescripciones y recomendaciones dadas al asegurado (artículo 37º); por incurrir en las prohibiciones o negativas a que se refieren los artículos 37º y 44º del Reglamento; y por cesantía. En ningún caso esta prestación puede ser reconocida de forma simultánea con otro subsidio en dinero (Reglamento del Seguro de Salud (Reglamento). 30 de mayo de 2006, Caja Costarricense del Seguro Social, Costa Rica, artículos 29-31) .

A su vez en el Reglamento 8712 (24 de abril) de 2014. para el otorgamiento de licencias e incapacidades a los beneficiarios del seguro de salud que reforma el reglamento del Seguro de Salud el interior del Trabajo, el Seguro, invalidez y muerte, la afiliación, Instructivo pago prestaciones, etc., indica las causales para la pérdida del derecho a la incapacidad temporal (subsidio), en el artículo 14 y 15; de tal forma que la conducta del trabajador que falta al

debido reposo y recomendaciones del médico y odontólogo o realiza actividades contrarias a las indicaciones relacionadas con la recuperación de su salud, es considerada como una falta a los principios de universalidad, igualdad, solidaridad, subsidiaridad, obligatoriedad, unidad y equidad, orientadores del sistema de salud costarricense y a su vez, vulnera los principios de buena fe y lealtad para con el empleador derivado del contrato de trabajo. También, según las normas laborales, se vulneran las obligaciones derivadas de la relación trabajador-empleador (los principios de rectitud, honradez, confianza y buen proceder) enunciados en el artículo 73 del del Código de Trabajo.

Por su parte, Reglamento 8712 (24 de abril) de 2014 para el otorgamiento de licencias e incapacidades enuncia unas causas de anulación de las incapacidades y licencias:

> Artículo 17.-De la anulación de las incapacidades y licencias. Se podrán anular las incapacidades en las siguientes situaciones:
> a. Las incapacidades obtenidas por medios engañosos o espurios, incluidas aquellas en las que se demuestre falsificación del lugar de residencia.
> b. Las incapacidades en que se demuestre la simulación de una enfermedad.
> c. Las incapacidades en que se demuestre han sido otorgadas por complacencia.
> d. Las incapacidades en que se demuestre el otorgamiento de una dádiva.
> e. Las incapacidades obtenidas mediante actos que vayan en contra de la normativa institucional o que no sigan los procedimientos para acceder consultas en niveles especializados.
> f. Las incapacidades que se generen producto de boletas o talonarios sustraídos de la Institución o a profesionales en Medicina u odontología autorizados.
> g. Las incapacidades que se generen por falsificación de boletas de incapacidad.
> h. Las incapacidades otorgadas según lo establece el artículo 19º de este Reglamento, previa valoración por la Comisión Local Evaluadora de Incapacidades. (Reglamento 8712 (24 de abril) de 2014)

El reconocimiento del pago de la incapacidad temporal en Costa Rica se realiza según el artículo 236 del Código de Trabajo así:

> ARTICULO 236.- Durante la incapacidad temporal, el trabajador tendrá derecho a un subsidio igual al 60% de su salario diario durante los primeros cuarenta y cinco días de incapacidad. Transcurrido ese plazo, el subsidio que se reconocerá al trabajador será equivalente al 100% del salario diario, si percibiere una remuneración diaria igual o inferior a cien colones. Si el sueldo fuere superior a cien colones por día, sobre el exceso se pagará un subsidio igual al 67%. La suma máxima sobre la cual se aplicará el 100% podrá ser modificada reglamentariamente (Código de Trabajo. Ley 2 de 1943 [Código]. 29 de Agosto de 1943, Asamblea Legislativa, Costa Rica).

Lo anterior debe interpretarse en el marco de las disposiciones vigentes que reglamentan la prestación de incapacidad temporal. Es así como el artículo 35 del Reglamento de Seguro de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social, vigente a partir del 1° de enero de 1997, indica que después del cuarto día de incapacidad el ente médico-social pagará un subsidio igual a un 60% del salario reportado por el empleador, que, a diferencia del salario, tiene una connotación indemnizatoria, no retributiva de prestación efectiva de servicios (Alfaro, 2006).

Bajo la interpretación de los Tribunales de Justicia de Costa Rica, del artículo 79 del Código de Trabajo, se ha indicado por jurisprudencia que al reconocer el subsidio de incapacidad a partir del cuarto día a través de la CCSS y con el propósito de no dejar descubierto económicamente al trabajador, será el empleador el obligado a asumir los tres primeros días de incapacidad, pagando para tal efecto por lo menos la proporción al 50% del salario devengado por el trabajador. En resumen, según la norma citada, si un trabajador se incapacitó uno, dos o tres días (en que no se recibe subsidio de la Caja) o incluso más de cuatro días, si dentro de los 30 días siguientes se vuelve a incapacitar, el subsidio de la CCSS lo cubre desde el primer día de esta segunda incapacidad, por considerarse que la incapacidad en ese período no ha sufrido interrupción, para los efectos del pago de subsidio (Alfaro, 2006).

A diferencia de las incapacidades por Riesgos de Trabajo, otorgadas por el Instituto Nacional de Seguros, cuando son temporales, el trabajador tiene derecho a un subsidio igual al 75% de

su salario diario durante los primeros cuarenta y cinco días de incapacidad, de conformidad con el artículo 236 de Código de Trabajo y el Acuerdo N°8 de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Seguros, de Sesión N°7119, del 3 de febrero de 1986 (El I.N.S. mediante este acuerdo de su Junta Directiva dispuso modificar el beneficio que establece el artículo 236 del Código de Trabajo, de tal modo que se otorgue como subsidio por incapacidad temporal el 75% del salario diario en los primeros 45 días de incapacidad y, posterior a esos días, reconocer el 100%) (Alfaro, 2006).

Transcurrido ese plazo, el subsidio que se reconocerá al trabajador será equivalente al 100% del salario diario. En resumen, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia, si la incapacidad es extendida por la CCSS, el empleador está obligado a reconocer el pago del subsidio en los tres primeros días de incapacidad, en un 50%, de conformidad con lo establecido por los tribunales de justicia, salvo que el trabajador se vuelva a incapacitar en el mismo mes, en cuyo caso dicha institución reconocería el subsidio desde del primer día. Si la incapacidad es extendida por el INS, dado que este cubre el subsidio desde el primer día, el empleador no tendría obligación de reconocer subsidio alguno (Alfaro, 2006).

En caso de ser un evento laboral, accidente o enfermedad, la incapacidad temporal está cubierta por el INS desde el primer día y durante los primeros 45 días, el trabajador recibe el 60% del salario.

Costa Rica: Duración de la incapacidad temporal

En términos generales la incapacidad temporal por enfermedad común reconoce el derecho a recibir la prestación en dinero a partir del cuarto día, pero si se extiende el plazo de una nueva incapacidad por la misma enfermedad esta se pagará desde el primer día (Reglamento del Seguro de Salud (Reglamento). 30 de mayo de 2006, Caja Costarricense del Seguro Social, Costa Rica, artículo 35). Por otra parte, el Código de Trabajo, indica que:

> Artículo 237.- Si transcurrido un plazo de dos años a partir de la ocurrencia del riesgo, no hubiere cesado la incapacidad temporal del trabajador, se procederá a establecer el porcentaje de incapacidad permanente, y se suspenderá el pago del subsidio, sin perjuicio de que se puedan continuar suministrando las prestaciones médico-sanitarias

> y de rehabilitación al trabajador (Código de Trabajo. Ley 2 de 1943 [Código]. 29 de Agosto de 1943, Asamblea Legislativa, Costa Rica).
>
> Artículo 12.-De la vigencia de las incapacidades. Las incapacidades siempre tendrán vigencia hacia el futuro, desde la fecha en que el asegurado(a) activo(a) es atendido(a) en un centro médico de la Caja Costarricense de Seguro Social, de los proveedores externos de servicios de salud y Medicina de Empresa, a excepción de lo establece el artículo 13º y el Capítulo XIII de este Reglamento. (Reglamento 8712 del 24/04/2014. Reglamento para el otorgamiento de licencias e incapacidades)

Bajo esta premisa, en casos de enfermedad común, los tres primeros días los asume el empleador, reconociendo el 50% del salario al trabajador y a partir del cuarto día será la CCSS, la que reconoce el subsidio por incapacidad, siendo el 60% del salario del trabajador. Por otra parte, está el reconocimiento del subsidio de incapacidad temporal por enfermedad y accidente laboral, en donde es el INS, asume el reconocimiento desde el primer día, por el 60% del salario del trabajador (Reglamento del Seguro de Salud (Reglamento). 30 de mayo de 2006, Caja Costarricense del Seguro Social, Costa Rica)

En todo caso, es el único sistema normativo de los analizados, que tiene de forma explícita indicados los periodos de incapacidad según especialidad médica y diagnóstico. En la tabla 6 se expone la síntesis de lo descrito en los artículos 30 al 39 del Reglamento 8712 del 24/04/2014. Reglamento para el otorgamiento de licencias e incapacidades a los beneficiarios del seguro de salud y reforma reglamento del Seguro de Salud el interior del Trabajo, el Seguro, invalidez y muerte, la afiliación, Instructivo pago prestaciones, etc.

En particular, en el caso de la consulta externa y los diagnósticos que según se estipula en el Reglamento, se observa que existe un mayor grupo de patologías que otorgan incapacidades hasta de 4 días (Ojo y sus anexos; Enf. respiratorias agudas; Hemorroides; Tortícolis; Crisis hipertensión arterial y Dengue), seguidas de aquellas con 5 (Enf. Tipo influenza; Enf. pulmonares crónicas; Enf. del esófago, estómago, duodeno, y colon; Infec. renales, litiasis y

Ap. Urinario) y 15 días (Hepatopatías; Esguince y desgarros G I-II; Quemaduras y Trastornos psiquiátricos); pero lo que predomina son incapacidades de 1 y 2 días.

Tabla 6. Días de incapacidad según especialidad médica y servicio en Costa Rica.

Especialidad médica	No. Días	Autorización
Medicina General - Consulta Externa	1 día hasta 30 días	Para eliminar causas o días según patología requiere autorización de la Gerencia Médica
Medicina General	Mayores a 15 días	Requieren autorización de la Jefatura inmediata
Médicos especialistas	1 día hasta 30 días	No requiere autorización
Médicos especialistas	31 días hasta 90 días	Justificación en el expediente clínico y autorización de la jefatura inmediata
Médicos especialistas	91 días hasta 180 días	Requiere autorización de la Comisión Local Evaluadora de Incapacidades
Servicio de Urgencias (Médico General o Médico Especialista	1 día hasta 3 días	No requiere autorización
Servicio de Urgencias (Médico General o Médico Especialista	1 días hasta 10 días	Por excepción: los casos de traumatología de ortopedia, amenaza de aborto, amenaza de parto prematuro, enfermedades infectocontagiosas, pacientes con heridas suturadas, pacientes que se encuentren en observación y pacientes que hayan consultado reiteradamente por una enfermedad no diagnosticada y que finalmente se detecte

Fuente: elaboración propia a partir de lo enunciado en el Reglamento 8712 del 24/04/2014. Reglamento para el otorgamiento de licencias e incapacidades.

A partir de lo expuesto, puede indicarse que la incapacidad temporal por origen común en Costa Rica puede ir de 1 día hasta 180 días. Sin embargo, los artículos 50 y 51 de la referida norma mencionan incapacidades entre 6 meses a 12 meses (1 año-365 días) o superior, consideradas como incapacidades prolongadas que deben ser analizadas por Comisión Local Evaluadora de Incapacidades, las cuales pueden en casos excepcionales superar el año, de lo contrario debe ser referido el asegurado a la Comisión Calificadora del Estado de Invalidez. Lo anterior debe interpretarse en conjunto con el artículo 35 del Reglamento del Seguro de Salud, en donde se indica que el pago del subsidio por incapacidad inicia a partir del cuarto día, lo cual significa que el empleador asume los 3 primeros días. En este contexto, la mayoría de las incapacidades con reconocimiento de subsidio otorgadas en consulta externa las asume

el empleador. En todo caso, el mismo articulado hace explícito que si la incapacidad presenta una o varias prórrogas dentro de los 30 días siguientes se procederá a pagar el subsidio desde el primer día.

Costa Rica: Fuente de financiación de la Incapacidad Temporal

En este caso, el seguro de salud tiene dos regímenes: contributivo y no contributivo o aseguramiento por el Estado. El primero diseñado para aquellos asegurados directos, como lo son trabajadores y pensionados y sus respectivos familiares dependientes; mientras que el régimen no contributivo incluye a los no asegurados en condición de vulnerabilidad y pobreza, así como su familia (Reglamento del Seguro de Salud [Regl]. 30 de mayo de 2006, Caja Costarricense del Seguro Social, págs. Artíc. 11-11 Bis; Organización Panamericana de la Salud (OPS), CISSCAD, 2020). El Estado asume la cotización de sus trabajadores y de forma subsidiaria de aquellos trabajadores asegurados por cuenta propia (Organización Panamericana de la Salud (OPS), CISSCAD, 2020).

Las prestaciones incluyen además de las asistenciales, subsidios en dinero como: Subsidios y ayudas económicas por incapacidad o por licencia; ayuda económica para compra de prótesis, anteojos y aparatos ortopédicos; ayuda económica para traslados y hospedajes; ayuda económica para gastos de funeral, en caso de fallecimiento del asegurado directo o de su cónyuge o compañero; ayuda económica por concepto de libre elección médica (Reglamento del Seguro de Salud [Regl]. 30 de mayo de 2006, Caja Costarricense del Seguro Social, artículo 15-16, 27; Organización Panamericana de la Salud (OPS), CISSCAD, 2020). Lo anterior, solo en casos de enfermedad no causada por el trabajo.

Las contribuciones se encuentran indicadas en el Reglamento del Seguro de Salud (2006), artículo 62 y se consolidan en la tabla 7.

Tabla 7. Cotización Seguro de Salud de Costa Rica

Cotización (según salarios) Tipo de Asegurado	**Empleador**	**Trabajador**	**Estado**
Asalariado	9.25%	5.50%	0.25%

Asegurados Voluntarios		La contribución que corresponde al asegurado voluntario está determinada por los ingresos de referencia del solicitante y el porcentaje de contribución establecido en la escala contributiva que apruebe la Junta Directiva por recomendación de la Dirección Actuarial y de Planificación Económica	0.25%
Asegurados por el Estado			Financiado por el Estado mediante el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (FODESAF), así como por impuestos
Trabajadores independientes		La contribución que corresponde al trabajador independiente está determinada por la escala contributiva aprobada por la Junta Directiva, sobre la base de la recomendación técnica de la Dirección Actuarial y de Planificación Económica	0.25%

Fuente: elaboración propia a partir de Reglamento del Seguro de Salud [Regl]. 30 de mayo de 2006, Caja Costarricense del Seguro Social

La incapacidad temporal en el sistema de seguridad social de México

Como se ha descrito, el Derecho a la Salud en México, fue elevado a rango constitucional mediante reforma constitucional en 1983, indicando que *"*"Toda persona tiene derecho a la protección de la salud" (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const]. 5 de febrero de 1917, Congreso Constituyente, México, artículo 4) y su reglamentación se encuentra en la Ley General de Salud, estableciendo en el artículo 2 las finalidades del Derecho a la protección de la salud (Ley General de Salud [Ley]. 7 de febrero de 1984, Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, México), sin embargo, es necesario indicar que no se hace referencia a las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad. A su vez, incorpora como parte de la salud pública, la salud ocupacional y el saneamiento básico (Ley General de Salud [Ley]. 7 de febrero de 1984, Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, México, artículo 3 Num. XIV), estableciendo lineamientos normativos relativos a la protección de la salud de la población trabajadora, a la prevención de los accidentes y

enfermedades del trabajo (Ley General de Salud [Ley]. 7 de febrero de 1984, Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, México, artículos 128, 131, 133)

Una de las principales características del Sistema Nacional de Salud de México es su segmentación, en la medida que existen diversas instituciones públicas del orden federal y local y entidades privadas (Gómez, 2017), que a su vez definen dos modalidades de aseguramiento de acuerdo con lo establecido en la Ley del Seguro Social: Régimen obligatorio y Régimen voluntario (Instituto Mexicano del Seguro Social - IMSS, 2014, pág. 2).

La seguridad social tiene diferentes sistemas bajo la orientación de entidades específicas (Valencia et al., 2013. El Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS), principal entidad de aseguramiento del Régimen obligatorio tiene la cobertura de la mayor parte de la población, trabajadores afiliados en su mayoría al sector privado (Valencia et al., 2013; Instituto Mexicano del Seguro Social - IMSS, 2014).

A este sistema es posible vincularse de forma voluntaria. Este Instituto administra otros seguros además de la salud, como lo es el de jubilación y vejez, así como invalidez, riesgos en el trabajo, riesgos de enfermedades y maternidad (Valencia et al., 2013; Instituto Mexicano del Seguro Social - IMSS, 2014). Todos los trabajadores afiliados al Régimen Obligatorio tienen derecho a recibir incapacidad temporal por enfermedades (enfermedad común o general), así como por los Riesgos de Trabajo (Ley del Seguro Social [Ley]. 21 de diciembre de 1995, El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. México, artículo 55; Instituto Mexicano del Seguro Social - IMSS, 2014).

A su vez se encuentra el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los trabajadores del Estado (ISSSTE), encargado de la seguridad social de los empleados públicos (seguros de retiro y pensiones de sobrevivencia, seguro de vejez, invalidez y salud, protección contra los riesgos del trabajo). Por otra parte, está el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), quien administra los seguros sociales para el personal de las fuerzas armadas y, por último, el Contrato Colectivo de Trabajo PEMEX- Sindicato de

Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, STPMR (Valencia et al., 2013, pp. 16-17, 27-28).

Como parte del Régimen voluntario, se encuentran: el Seguro Facultativo (Seguro para estudiantes y familiares de los trabajadores del IMSS y de la Comisión Federal de Electricidad), el Seguro de Salud para la familia, Trabajadores domésticos, Trabajadores independientes, entre otros. En general, quienes se aseguran a este régimen, no tienen derecho a la incapacidad temporal, excepto por los "Patrones personas físicas con trabajadores a su servicio" y los Trabajadores al servicio de las administraciones pública federal, entidades federativas y municipios" (Instituto Mexicano del Seguro Social - IMSS, 2014, p. 3), quienes tienen derecho a la prestación por riesgos de trabajo

La incapacidad temporal en México es considerada una causa legal para la suspensión temporal del contrato laboral, por lo tanto, no hay prestación del servicio por parte del trabajador, pero tiene derecho a continuar recibiendo su salario (Ley Federal del Trabajo [Ley]. 1 de abril de 1970, Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, México, artículo. 42 Num. II). A su vez, en la misma Ley Federal del Trabajo, se enuncia que la incapacidad temporal puede ser una consecuencia de una enfermedad laboral (artics.476-477) y la define con relación al vínculo laboral, estableciendo que la "Incapacidad temporal es la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilita parcial o totalmente a una persona para desempeñar su trabajo por algún tiempo" (Ley Federal del Trabajo [Ley]. 1 de abril de 1970, Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, México, artículo 478). En este caso, la norma determina el pago de una indemnización, que consiste en "el pago íntegro del salario que deje de percibir mientras subsista la imposibilidad de trabajar. Este pago se hará desde el primer día de la incapacidad" (Ley Federal del Trabajo [Ley]. 1 de abril de 1970, Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, México, artículo 491).

De acuerdo con la Ley Federal del Trabajo para el reconocimiento del subsidio de incapacidad temporal por enfermedad general se requiere que el trabajador haya cotizado al menos 7 semanas al IMSS y se otorga el 60% del salario de cotización desde el 4 día hasta 52 semanas. Es el IMSS el encargado de pagar tal prestación. Caso contrario ocurre con la

enfermedad y accidente laboral, en donde no se requieren periodos mínimos de cotización, se reconoce el 100% del salario, desde el primer día hasta la semana 52 (Instituto Mexicano del Seguro Social - IMSS, 2014, p. 4). En general los seguros del IMSS se tienen un financiamiento tripartito, en donde aportan empleadores (patrones), trabajadores y Gobierno Federal a través de *tasas de contribución pagadas al Instituto* diferenciales según el tipo de seguro y del sujeto obligado, e incluyen pagos en cuotas fijas por parte del trabajador, pagos según el salario base de cotización (cuotas proporcionales) y cuotas excedentes (Instituto Mexicano del Seguro Social - IMSS, 2014, p. 5). En el anexo 5 se pueden observar las principales normas que reglamentan la incapacidad temporal en México

México noción jurídica de incapacidad temporal[17]

En México en el sector público, las instituciones de seguridad social son el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), Petróleos Mexicanos (PEMEX), Secretaría de la Defensa (SEDENA), Secretaría de Marina (SEMAR), las instituciones y programas que atienden a la población sin seguridad social por medio de la Secretaría de Salud (Servicios Estatales de Salud, los programas municipales de salud, el Programa IMSS-Oportunidades y el Seguro Popular de Salud. En la figura 11 se observan los regímenes y seguros reglamentados mediante la Ley del Seguros Social (LSS).

Figura 13. Regímenes y Seguros según la Ley del Seguro Social (LSS), México.

[17] La información relativa a la incapacidad temporal en México se obtuvo mediante entrevista realizada a la Dra. Sandra Constanza Jiménez Garay, Médico, Especialista en Administración de Salud Ocupacional, quien labora en la Empresa Comisión Federal de Electricidad.

Fuente: elaborado por Jiménez, 2021[17]

De acuerdo con el artículo 138 del Reglamento de Prestaciones Médicas (RPM-LSS), el certificado de incapacidad temporal para el trabajo es el documento médico legal que expide el médico tratante (familiar y no familiar – especialistas) o el estomatólogo del Instituto al asegurado a través de los formatos oficiales, para hacer constar la incapacidad, y que además produce los efectos legales y administrativos de protección al trabajador. En todos los casos, quien emite la incapacidad temporal para el trabajo, según el Reglamento de Prestaciones Médicas y la Ley de Seguridad Social.

Como lo indica el RPM, artículo 71:

> El médico tratante, en todos los casos, deberá dejar constancia de sus atenciones en los registros clínicos y formatos de control institucional, en los términos que se establecen en los artículos 6 y 8 del presente Reglamento, y si es el caso, dejará constancia de la expedición de certificado de incapacidad temporal para el trabajo, de conformidad con las disposiciones aplicables. (Reglamento de Prestaciones Médicas y la Ley de Seguridad Social)

A su vez, existe una corresponsabilidad del paciente como lo dice el Artículo 72, del mencionado Reglamento que indica:

> El paciente deberá cumplir con las indicaciones del médico tratante, en lo relativo a la terapéutica médica, régimen alimenticio, de reposo y a las demás prescripciones que se le indiquen.
>
> Artículo 73. El médico está obligado a comunicar a su jefe inmediato, los casos de probable simulación de una enfermedad por parte del derechohabiente, a fin de que se proceda en los términos administrativos y legales que correspondan. (Reglamento de Prestaciones Médicas y la Ley de Seguridad Social)

En el caso de México, como en los otros países existe la división de los riesgos según el origen, así la Ley de Seguridad Social y la Ley Federal del Trabajo (LFT) también establece los efectos prestacionales en caso de enfermedad o accidente cuyo origen es el trabajo. Las diferencias entre prestaciones se observan en la tabla 8.

Tabla 8. Incapacidad temporal por riesgos en el trabajo y enfermedad general, México.

Definición	Riesgos del Trabajo	Enfermedad General
LFT	TITULO NOVENO Riesgos de Trabajo Artículo 478.- Incapacidad temporal es la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilita parcial o totalmente a una persona para desempeñar su trabajo por algún tiempo.	
	Artículo 491.- Si el riesgo produce al trabajador una incapacidad temporal, la indemnización consistirá en el pago íntegro del salario que deje de percibir mientras subsista la imposibilidad de trabajar. Este pago se hará desde el primer día de la incapacidad. Si a los tres meses de iniciada una incapacidad no está el trabajador en aptitud de volver al trabajo, él mismo o el patrón podrá pedir, en vista de los certificados médicos respectivos, de los dictámenes que se rindan y de las pruebas conducentes, se resuelva si debe seguir sometido al mismo médico y gozar de igual indemnización o procede declarar su incapacidad permanente con la indemnización a que tenga derecho. Estos exámenes podrán repetirse cada tres meses. El trabajador percibirá su salario hasta que se declare su incapacidad permanente y se determine	

	la indemnización a que tenga derecho tratamiento	
LSS Título Primero. Disposiciones Generales. Capitulo Único	Artículo 58. El asegurado que sufra un riesgo de trabajo tiene derecho a las siguientes prestaciones en dinero: I. Si lo incapacita para trabajar recibirá mientras dure la inhabilitación, el cien por ciento del salario en que estuviese cotizando en el momento de ocurrir el riesgo. El goce de este subsidio se otorgará al asegurado entre tanto no se declare que se encuentra capacitado para trabajar, o bien se declare la incapacidad permanente parcial o total, lo cual deberá realizarse dentro del término de cincuenta y dos semanas que dure la atención médica como consecuencia del accidente, sin perjuicio de que una vez determinada la incapacidad que corresponda, continúe su atención o rehabilitación conforme a lo dispuesto por el artículo 61 de la presente Ley	
Reglamento de Prestaciones Médicas	Sección Segunda De la notificación de riesgos de trabajo Artículo 22. Cuando un trabajador sufra un probable accidente de trabajo, inmediatamente deberá acudir o ser trasladado a recibir atención en la unidad médica que le corresponda o, en caso urgente, a la unidad médica más cercana al sitio donde lo haya sufrido. El médico tratante deberá señalar claramente en su nota médica que la lesión del asegurado ocurrió presuntamente en ejercicio o con motivo del trabajo y derivar al trabajador para su valoración y calificación al servicio de Salud en el Trabajo correspondiente. Sección Cuarta De las prestaciones por riesgos de trabajo Artículo 28. El asegurado que sufra un riesgo de trabajo tendrá derecho a las prestaciones en especie que se establecen en el artículo 56 de la Ley y a las prestaciones en dinero que señala el artículo 58 del mismo ordenamiento. Artículo 30. El asegurado que sufra un riesgo de trabajo y las lesiones o padecimiento le impidan laborar, podrá permanecer incapacitado hasta por cincuenta y dos semanas; dentro de este término se le dará de alta o, en caso de presentar secuelas de lesiones orgánicas o perturbaciones funcionales derivadas	Titulo Cuarto de la atención en el Seguro De Enfermedades y Maternidad. Sección Tercera De la atención en el ramo de enfermedades Artículo 55. Cuando el derechohabiente tenga necesidad de recibir atención médica deberá presentarse en su unidad médica de adscripción en los días y horarios establecidos a los servicios de consulta externa, preferentemente previa concertación de la cita respectiva, o bien, a los servicios de urgencias que corresponda conforme al Área Médica respectiva, así como exhibir los documentos que acrediten su identidad, adscripción a la unidad y al médico familiar. Artículo 56. Para efectos de este Reglamento, se entenderá por inicio de una enfermedad, el día en que el derechohabiente dé aviso de la misma o acceda a las instalaciones del Instituto y su personal médico certifique, la existencia de la misma. Artículo 58. El tratamiento de los asegurados por una misma enfermedad se proporcionará mientras dure ésta, siempre y cuando se reúnan los requisitos de la Ley y sus Reglamentos en materia de conservación de derechos para recibir las prestaciones médicas. Cuando el asegurado enfermo se encuentre incapacitado para trabajar, el tiempo de tratamiento para una misma enfermedad

	de este riesgo, éstas se valuarán de conformidad con el artículo 514 de la Ley Federal del Trabajo	se limitará a cincuenta y dos semanas, con prórroga de hasta cincuenta y dos semanas más, según lo disponen los artículos 91 y 92 de la Ley, siempre y cuando el periodo de incapacidad sea ininterrumpido o con interrupciones menores de ocho semanas. Si al término de las 44 semanas de tratamiento de una enfermedad no profesional, por la cual se hayan expedido certificados de incapacidad temporal para el trabajo, el médico tratante considere que la enfermedad no tiene posibilidades de recuperación y que el trabajador no se reincorporará al trabajo, deberá remitir al asegurado al servicio de Salud en el Trabajo para evaluar la procedencia de un posible estado de invalidez. Si hay interrupciones de la incapacidad de ocho semanas o más, durante las cuales el trabajador haya vuelto a su trabajo, con autorización del médico tratante del Instituto, la presentación del mismo cuadro patológico se considerará como una nueva enfermedad.

Fuente: elaborado por Jiménez, 2021[17]

México: Sujetos con derecho a la incapacidad temporal

De acuerdo con el régimen prestacional de la seguridad social, quienes pueden tener la prestación son aquellos sujetos de aseguramiento en el régimen obligatorio, que en general se trata de trabajadores con contrato laboral, según la Ley del Seguro Social, artículo 12:

- Las personas que de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo, presten, en forma permanente o eventual, a otras de carácter físico o moral o unidades económicas sin personalidad jurídica, un servicio remunerado, personal y subordinado, cualquiera que sea el acto que le dé origen y cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza económica del patrón aun cuando éste, en virtud de alguna ley especial, esté exento del pago de contribuciones;
- Los socios de sociedades cooperativas
- Las personas trabajadoras del hogar.
- Quienes voluntariamente puedan ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio: Los trabajadores en industrias familiares y los independientes, como profesionales, comerciantes en pequeño, artesanos y demás trabajadores no asalariados; los

ejidatarios, comuneros, colonos y pequeños propietarios; los patrones personas físicas con trabajadores asegurados a su servicio, los trabajadores al servicio de las administraciones públicas de la Federación, entidades federativas y municipios que estén excluidas o no comprendidas en otras leyes o decretos como sujetos de seguridad social.

México: Contingencias o riesgos amparados

El IMSS, es la institución que asume el reconocimiento y pago de la incapacidad temporal para el trabajo, de acuerdo con la LSS, en el régimen obligatorio. Cuando se trata de riesgos en el trabajo, cubre los riesgos por accidente de trabajo, accidente en trayecto, enfermedad de trabajo y cuando se trata de riesgos no laborales cubre la enfermedad general y por maternidad.

México: Prestaciones derivadas de la Incapacidad Temporal

Para los eventos derivados de los riesgos en el trabajo, de acuerdo con la LSS, artículo 56 las prestaciones en especie se relacionan con la prestación de servicios de salud mientras que la prestación en dinero, según el artículo 58, es un subsidio del 100% del salario que está cotizando el trabajador al momento de ocurrir el riesgo. El límite para el reconocimiento de esta prestación es de 52 semanas o cuando se declare la incapacidad permanente parcial o total.

En el caso de los eventos de origen general o no laboral, el artículo 91 de la LSS indica que el asegurado tiene derecho a los servicios de atención en salud indicados en la norma desde el inicio hasta 52 semanas, término que puede ser prorrogado según criterio médico por un periodo igual. La prestación en dinero por enfermedad no profesional es un subsidio en dinero (artículo 96) que se paga a partir del cuarto día del inicio de la incapacidad hasta por el término de cincuenta y dos semanas. Si al concluir dicho período el asegurado continuare incapacitado, previo dictamen del Instituto, se podrá prorrogar el pago del subsidio hasta por veintiséis semanas más.

El artículo 97 indica que se reconoce el subsidio si el asegurado a realizado por lo menos cuatro cotizaciones semanales inmediatamente anteriores a la enfermedad. Los trabajadores eventuales percibirán el subsidio cuando tengan cubiertas seis cotizaciones semanales en los últimos cuatro meses anteriores a la enfermedad.

En el caso de los eventos de origen general, según el artículo 98:

> El subsidio en dinero que se otorgue a los asegurados será igual al sesenta por ciento del último salario diario de cotización. El subsidio se pagará por períodos vencidos que no excederán de una semana, directamente al asegurado o a su representante debidamente acreditado. (Ley de Seguridad Social)

México: Requisitos para el otorgamiento y extinción del derecho

En la LSS se enuncian los requisitos para el otorgamiento de la incapacidad temporal que de igual manera se diferencian según el origen del evento. En síntesis, tales requisitos son:

Para enfermedad general, el subsidio de incapacidad temporal se otorga a partir del cuarto día y se reconoce el 60% del salario base de cotización. La duración máxima de reconocimiento son 52 semanas y se pueden prorrogar hasta 26 semanas si existe posibilidad de recuperación. En el caso de los trabajadores temporal o definitivo, el trabajador debe tener al menos cuatro cotizaciones semanales; mientras que los trabajadores eventuales deben tener seis cotizaciones semanales en los últimos 4 meses.

Cuando la incapacidad temporal tiene su causa en los riesgos en el trabajo el subsidio se reconoce a partir del primer día y al 100% del salario base de cotización. Esta prestación se reconoce solo por 52 semanas luego debe ser evaluada la incapacidad permanente o parcial, pero la atención en salud se continua, si es necesario. Para su reconocimiento no es necesario un tiempo mínimo de cotización, y puede ser reconocida desde el primer día de aseguramiento, ya sea para los trabajadores temporales o definitivos y los trabajadores eventuales.

México: Duración de la incapacidad temporal

En el caso de la enfermedad y accidente derivado de los riesgos en el trabajo, el subsidio de incapacidad se reconoce por un tiempo de 52 semanas, luego de ello, de continuar la condición de salud, se debe dictaminar la incapacidad permanente parcial o total. Cuando se trata de enfermedad general, el subsidio por incapacidad temporal se reconoce durante 52 semanas y se puede prorrogar por 26 semanas más si existe posibilidad de recuperación.

México: Fuente de financiación de la Incapacidad Temporal

De acuerdo con la LSS (artículo 70 y ss), en la sección quinta relativa al régimen financiero, indica que las prestaciones del seguro de riesgos de trabajo son cubiertos por las cuotas que aportan los empleadores y demás sujetos obligados. Estas cuotas se determinan teniendo en cuenta la cuantía del salario base de cotización y los riesgos de la actividad económica de la empresa (existen 5 clases de riesgo). A su vez, por tratarse de un seguro existe una tabla de primas que varía según la siniestralidad de la empresa.

Lo relativo a la enfermedad general, se encuentra en la misma LSS, sección cuarta, régimen financiero para el seguro de enfermedad y maternidad (artículo 105 y ss). En resumen, los recursos necesarios para cubrir las prestaciones (dinero, especie y gastos administrativos) del seguro de enfermedades se obtiene de las cuotas obligatorias de trabajadores y empleadores y aportes del Estado. Las prestaciones en dinero del seguro de enfermedades se financian con una cuota del 1% sobre el salario base de cotización en donde al empleador le corresponde el 75%, a los trabajadores el 25% y al Gobierno Federal el 5%.

Colombia noción jurídica de incapacidad temporal

El Sistema de Seguridad Social Colombiano distingue los riesgos de origen común, de aquellos que tienen causa en el trabajo, por lo tanto, el Sistema de Salud será el encargado de las prestaciones derivadas de la enfermedad y lesiones de origen común, mientras que el Sistema de Riesgos Laborales asume las prestaciones de los eventos laborales (enfermedad laboral y accidente de trabajo)

Así mismo, es importante aclarar que, cuando un trabajador sufre una contingencia sea de origen laboral o de origen común, que le genere incapacidades laborales, estas no suspenden

el contrato de trabajo, siendo la razón por la cual, el empleador conserva las obligaciones de pago de prestaciones sociales que se causan durante la ejecución del contrato o la incapacidad laboral; es decir, que la incapacidad del trabajador no afecta el pago de las prestaciones sociales (Calvachi, 2020).

En principio, la incapacidad temporal se enuncia en el sistema normativo colombiano, en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227 como un auxilio monetario, indicando que su valor:

> en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante. (Código Sustantivo del Trabajo [Código] 05 de agosto de 1950, Colombia)

Esto aún se mantiene vigente, entendiéndose que se reconoce el 66.66% del salario base de cotización, cuando se trata de enfermedad o lesión de origen general.

Sin embargo, es en la Ley 776 de 2002 artículo 2º en donde se encuentra la definición de incapacidad temporal y aunque es en el ámbito de los riesgos laborales, se aplica también para enfermedad general al existir ese vacío legal, y se entiende como *"*aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales (debe entenderse como riesgos laborales), le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado." (Ley 776 de 2002)

Colombia: Sujetos con derecho a la incapacidad temporal

De acuerdo con el Sistema de Seguridad Social Colombiano, los afiliados al régimen contributivo que tienen derecho a recibir la prestación económica (auxilio monetario) por incapacidad temporal solo son los afiliados cotizantes (trabajadores) al Sistema de Seguridad Social, no los pensionados u otra población.

En este sentido, son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos y los trabajadores independientes con capacidad de pago, según el artículo 157-A de la Ley 100 de 1993, a quienes se les aplica lo indicado en el artículo 206 de la misma Ley:

> Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto (Ley 100 de 1993, artículo 206).

Lo anterior lleva a aplicar el artículo 207 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma en cómo se otorga la incapacidad.

Cuando se trata de los riesgos laborales la incapacidad temporal y los trabajadores con derecho a su otorgamiento se encuentra reglamentada en el conjunto normativo del Sistema General de Riesgos Laborales, particularmente en la Ley 1562 de 2012 (artículo 2) y la Ley 776 de 2002 (artículo 1). En general y de forma obligatoria se trata de trabajadores dependientes nacionales y extranjeros, servidores públicos, vinculados por contrato laboral y contrato de prestación de servicios; las cooperativas y precooperativas de trabajo; pensionados o jubilados que se reincorporen al mundo laboral; estudiantes en fase práctica; los trabajadores independientes; miembros de agremiaciones y asociaciones; miembros del Subsistema Nacional de primera respuesta. De forma voluntaria, todo aquel trabajador independiente o informal que a su vez esté afiliado y cotizando al sistema contributivo de salud.

Colombia: Contingencias o riesgos amparados

La incapacidad temporal se otorga como un derecho al afiliado cotizante en el Sistema de Seguridad Social Colombiano, en caso de presentar una enfermedad o accidente qué por sus

efectos en la salud, le impida al trabajador desempeñar al trabajador su labor de forma temporal. Por esa razón esta figura prestacional se otorga en caso de enfermedad o accidente sin importar su origen (general o laboral), pero si existe diferencia en su forma de reconocimiento y pago.

En el caso de enfermedad laboral y accidente de trabajo, la Ley 776 de 2002 indica en el artículo 1º que todo afiliado al Sistema General de Riesgos Laborales que, el afiliado, como lo indica la misma ley, como consecuencia de lo anterior se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002, siendo la ARL la responsable del pago.

Con respecto a las contingencias de origen laboral, el artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, norma que modifica el Sistema de Riesgos Laborales, establece que para el reconocimiento de las prestaciones se tiene en cuenta el ingreso base de cotización del trabajador al momento de la ocurrencia de la misma, es decir, el ciento por ciento (100%) de este ingreso, el cual, en todo caso, no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente (Calvachi, 2020); caso contrario a aquellas incapacidades de origen común, las cuales se reconocen desde el 3 día, inicialmente con el 66.66% del salario base de cotización (2/3 partes del salario).

Por su parte el Sistema de Salud, contempla la prestación económica de incapacidad temporal para sus afiliados cotizantes al régimen contributivo en salud, sin embargo, en este caso el reconocimiento y pago dependerá del momento y duración de la incapacidad de la siguiente forma:

- 1 y 2 días: empleador (Decreto 780 de 2016)
- 3 a 180 días: EPS (Decreto 780 de 2016)
- 181 a 540 días: Fondo de pensiones (según los términos expuestos en la normatividad vigente Ley 962 del 2005)
- 541 días en adelante: EPS (según los términos expuestos en la normatividad vigente; Decreto 1333 de 2018)

Colombia: Prestaciones derivadas de la Incapacidad Temporal

En general, sin importar el origen del evento, las prestaciones que se otorgan son de carácter asistencial y económicas; pero a su vez, existe diferencia en las entidades responsables de tales prestaciones cuando se trata de eventos de origen común o laboral.

En el caso de la enfermedad y accidente de origen general, según el Sistema de Salud, para la determinación del valor del subsidio en dinero, se tendrá en cuenta el salario de base del asegurado, correspondiente al mes calendario de cotización anterior al de la iniciación de la incapacidad (Artículo 9 del Decreto 770 de 1.975) (Calvachi, 2020).

A su vez, el Sistema de Salud contempla que el empleador asume el 1 y 2 día (Artículo 1º del Decreto 2943 del 2013 Compilado en artículo 3.2.1.10 el Decreto 780 de 2016 Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social). La EPS reconoce la prestación económica del 3 día a 180 días. En este caso la EPS debe pagar por concepto de incapacidad durante los primeros 90 días, el 66.67% del salario base de cotización (Artículo 1º del Decreto 2943 del 2013 Compilado en artículo 3.2.1.10 el Decreto 780 de 2016 Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social (Calvachi, 2020; Sentencia T-161 [Sent.]. 9 de abril de 2019, M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional, Colombia).

Del día 181 hasta 540 días el pago lo asume el fondo de pensiones (Artículo 52 de la Ley 962 del 2005). En este caso durante entre el día 90 a 180 días, el afiliado recibe el 50%; del salario sobre el cual se cotizó, siempre que no resulte inferior a un salario mínimo mensual o su equivalente en días (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia; Calvachi, 2020; Sentencia T-161 [Sent.]. 9 de abril de 2019, M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional, Colombia). Por último, del día 541 en adelante la EPS asume el pago de la prestación, manteniendo el 50% del salario base de cotización (Decreto 1333 de 2018), siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico; no haya tenido recuperación o por enfermedades

concomitantes que hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

En el Sistema de Riesgos Laborales, la prestación económica de incapacidad temporal se reconoce por la enfermedad o accidente de origen laboral de la siguiente forma: 1 día lo asume el empleador; del 2 a 180 días y la prórroga de 180 días adicionales, es la ARL quien asume el reconocimiento y pago (Artículo 3º Ley 776 de 2002). Para el caso de las incapacidades originadas en una enfermedad profesional o accidente de trabajo, la ARL debe cubrirla desde el primer día de incapacidad, y corresponde al 100% del salario base de cotización según el artículo 3 de la ley 776 del 2002; así lo indica:

> Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario (Ley 776 de 2002, artículo 3).

Igualmente, que "para la enfermedad laboral será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como laboral" (Ley 776 de 2002).

A esto se le suma que la misma Ley 776 de 2002, el artículo 3, enuncia que la incapacidad temporal podrá ser prorrogada "Hasta tanto no se establezca el grado de incapacidad o invalidez la ARP continuará cancelando el subsidio por incapacidad temporal" (Ley 776 de 2002). A su vez, el Decreto 2463 de 2001, estableció que las administradoras de riesgos laborales pueden postergar la calificación de la pérdida de capacidad laboral de sus afiliados por parte de las juntas de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales al "tiempo de incapacidad laboral establecido por el Decreto-Ley 1295 de 1994 siempre que otorguen una prestación económica equivalente a la incapacidad que venía disfrutando y exista concepto médico favorable de rehabilitación, lo cual permite que la prestación de incapacidad temporal pueda ser pagada y reconocida por la ARL hasta 720 días" (Hernández, 2015).

Colombia: Requisitos para el otorgamiento y extinción del derecho

En Colombia tales requisitos se encuentran en diversas reglamentaciones tanto del sector salud como laboral. En el caso de la enfermedad general los afiliados cotizantes deben haber efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas. (Artículo 2.1.13.4, Decreto 780 de 2016). No existen requisitos en el Sistema de Riesgos Laborales, además de estar afiliados en el momento de presentar el accidente de trabajo o del diagnóstico de la enfermedad laboral, es decir la cobertura inicia al día siguiente de realizar la afiliación y pago de la cotización (aseguramiento).

Colombia: Duración de la incapacidad temporal

Para enfermedad y accidente general el empleador asume el 1 y 2 día (Artículo 1º del Decreto 2943 del 2013 Compilado en artículo 3.2.1.10 el Decreto 780 de 2016 Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social). La EPS asume del 3 a 180 días (Calvachi, 2020). Día 181 hasta 540 días lo asume el Fondo de Pensiones según el artículo 52 de la Ley 962 del 2005. Del día 541 en adelante la EPS asume el pago como lo indica el Decreto 1333 de 2018. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

En riesgos laborales, la Ley 776 de 2002, artículo 3 indica que el período durante el cual se reconoce la prestación de que trata el referido artículo

> será hasta por ciento ochenta (180) días, que podrán ser prorrogados hasta por períodos que no superen otros ciento ochenta (180) días continuos adicionales, cuando esta prórroga se determine como necesaria para el tratamiento del afiliado, o para culminar su rehabilitación (Ley 776 de 2002, artículo 3).

La misma Ley establece que si al cumplirse los 180 días y no se logra la recuperación del trabajador, se debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de incapacidad permanente parcial o de invalidez y mientras se lleva a cabo el dictamen debe continuarse pagando la incapacidad por la ARL. De acuerdo con el artículo 4º de la misma Ley:

> al terminar el período de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría (artículo 4, Ley 776 de 2002).

Colombia: Fuente de financiación de la Incapacidad Temporal

En el sistema de seguridad social en salud el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 establece dentro del régimen contributivo que:

> La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga (hoy Adres) para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado (Ley 100 de 1993, artículo 204).

En el caso del sistema de riesgos Laborales de acuerdo con los artículos 6 y 21 el Decreto Ley 1295 de 1994 el empleador será responsable del pago de la totalidad de la cotización de los trabajadores a su servicio, la cual varía según la clase de riesgo en la que sea catalogada la actividad económica de la empresa (son cinco clases de riesgo).

A continuación, se puede observar la síntesis de la comparación entre los principales elementos característicos de la incapacidad temporal presentes en los países objeto de estudio (tabla 9).

Tabla 9. Síntesis de la comparación de la incapacidad temporal en los países de estudio.

	Clase prestación	Reconocimiento		Duración Máxima		Entidad responsable pago		Personas con derecho	Riesgos amparados
País		EG	EL	EG	EL	EG	EL		
España	Económico-subsidio	60% SBC - 75% SBC - a partir día 21	75% SBC	365 días Prórroga 180 días	365 días Prórroga 180 días	Día 1,2 y 3 Asume el trabajador Día 4-15 Empleador Día 10-20 INSS Día 21 a 18 meses -INSS	Día 1 - Empleador Día 2 - en adelante INSS o Mutua	Trabajadores con contrato (nacionales y extranjeros) Trabajadores autónomos Trabajadores temporales Trabajadores independientes Cooperativas Estudiantes Funcionarios públicos	EG - EL
Chile	Económico-subsidio	promedio de la remuneración mensual neta	promedio de la remuneración mensual neta	52 semanas Prórroga de 52 semanas	52 semanas Prórroga de 52 semanas	1-3 días - asume trabajador 4-10 días Entidad de Previsión 1-11 días o más Entidad de Previsión	1-3 días - asume trabajador 4-10 días Entidad de Previsión 1-11 días o más Entidad de Previsión	Trabajadores dependientes Trabajadores independientes Funcionarios públicos	EG-EL
Costa Rica	Económico-subsidio	50% SBC - 60% SBC	60% SBC (1-45 días) 100% SBC (46 días-2 años)	1-180 días Varía de acuerdo al diagnóstico y especialidad médica que expide la IT	1-180 días Varía de acuerdo al diagnóstico y especialidad médica que expide la IT	1-3 días. Empleador (50% SBC) 4 día hasta 2 años. CCSS (60% SBC)	CCSS	Trabajadores asalariados Trabajadores independientes Trabajadores afiliados por cuenta del Estado	EG-EL
México	Económico-subsidio	60% SBC	100% SBC	Hasta 52 semanas Prórroga 52 semanas	Hasta 52 semanas	4 día - 52 semanas (60% SBC). IMSS	1 día - 52 semanas (100% SBC). IMSS	Trabajadores con contrato laboral Trabajadores independientes Afiliados voluntarios	EG-EL
Colombia	Económico-auxilio	66.66% - 50% SBC	100% SBC	Hasta 540 días o más	Hasta 720 días	1 y 2 días Empleador 3-90 días EPS (66.66% SBC) 91-180 días EPS (50% SBC) 181-539 días AFP (50% SBC) 540 días o más EPS (50% SBC)	1 día. Empleador 2-180 días - ARL 181-720 días. ARL	Trabajadores con contrato de trabajo (nacionales y extranjeros) Servidores públicos Trabajadores independientes Cooperativas y Precooperativas	EG-EL

Fuente: elaboración propia

EG=Enfermedad General EL=Enfermedad o accidente laboral SBC=Salario Base de Cotización

Terminado el proceso de comparación y siguiendo el método comparativo, debe aplicarse la prueba de funcionalidad de tal forma que permita identificar si un elemento extranjero (norma o parte de ella) puede ser la solución al problema, tema que se debe revisar desde la viabilidad y eficacia. Sin embargo en este caso particular no sería viable ni eficaz incluir alguno de estos elementos jurídicos extranjeros en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que en general las normas de otros países tienen un tratamiento similar frente a la materia de la incapacidad temporal, dando un trato distintivo entre los eventos de origen común y laboral, y en aquellos casos que no lo hacen, que también se observa en general, el reconocimiento en dinero que se realiza de la prestación a manera de subsidio es un porcentaje del salario base de cotización (en enfermedad general), frente al reconocimiento total de este salario cuando se trata de eventos de origen laboral.

En todo caso se resalta en especial el tratamiento que le otorga Costa Rica a un grupo de trabajadores que por sus condiciones se encuentran afiliados por el Estado y tienen derecho a recibir la prestación económica de incapacidad temporal en condiciones equitativas a los demás trabajadores.

4.3 Análisis jurisprudencial de la incapacidad temporal

6.3.1 Análisis jurisprudencia Corte Constitucional de Colombia

Aplicando la técnica de López (2000), propuesta en su libro *El derecho de los jueces*, el primer paso consiste en plantear el problema jurídico, como aquella pregunta que encabeza la línea jurisprudencial.

Teniendo en cuenta que el Sistema de Seguridad Social Colombiano, determina que todo trabajador afiliado cotizante al Sistema, tiene el derecho a la prestación económica de incapacidad temporal en caso de enfermedad o accidente y a su vez su reconocimiento y pago presenta diferencias en los requisitos y monto económico según el origen (común o laboral): La pregunta a resolver en el presente análisis jurisprudencial es: *¿Cuál ha sido la evolución de la figura de incapacidad temporal en el marco del Sistema de Seguridad Social de Colombia?* Y a su vez, *¿cuáles han sido las consideraciones del alto tribunal constitucional colombiano frente al principio de igualdad en la prestación económica de la incapacidad temporal cuando su origen es común frente a la de origen laboral?*

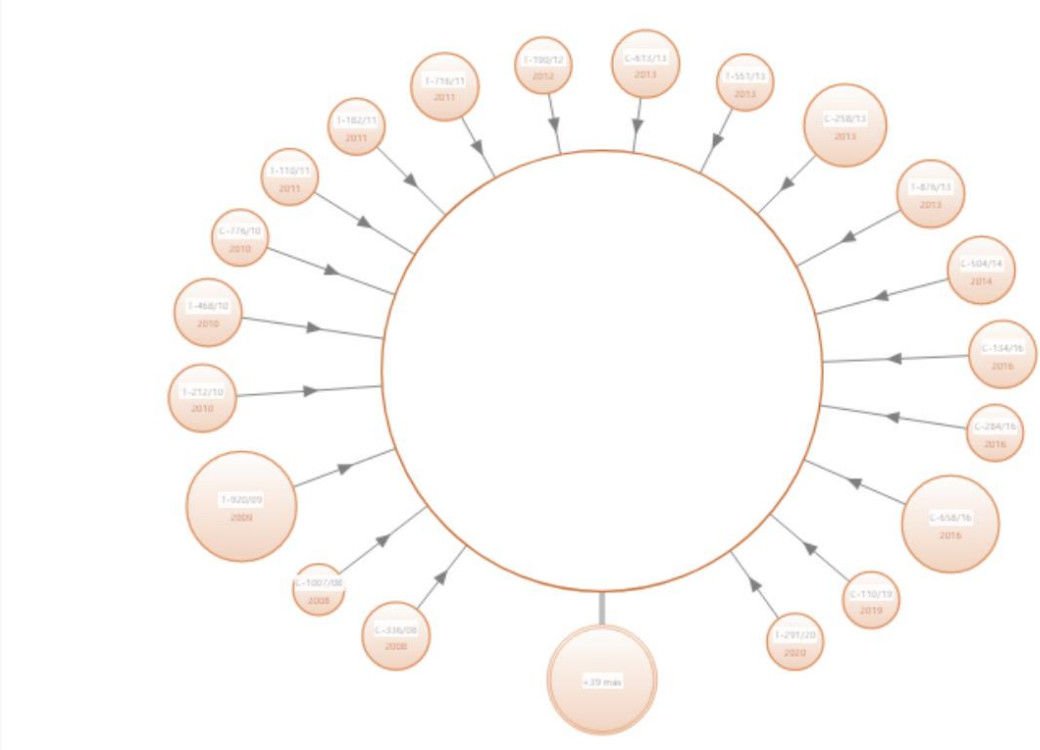
Definido el problema jurídico se continúa con la identificación de las sentencias fundadoras de línea, las sentencias hito y las sentencias que confirman la doctrina (López, 2001, p. 67). Como lo indica el método, es necesario primero identificar la sentencia hito, a través de los siguientes pasos: a) punto arquimédico, b) ingeniería reversa y c) la telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia (López, 2001, p. 69).

De acuerdo con el proceso a seguir para identificar la sentencia *punto arquimédico* (López Medina, 2001), para el presente estudio se observa que ésta sentencia es la Sentencia de Constitucionalidad No. 543 de 2007 de la Corte Constitucional (18 de Julio de 2007), Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis. Si bien es cierto esta sentencia no es la más reciente, si es la que guarda mayor relación con el objeto de la presente investigación.

La jurisprudencia elegida no cita ninguna sentencia, pero en el mapa de precedentes está mencionada 59 veces (figura 12), sentencias que fueron objeto de revisión en su apartado introductorio o de encabezamiento. De tales sentencias, 14 cumplieron con los requisitos expuestos en la metodología y fueron parte del proceso para la conformación del *nicho*

citacional, convirtiéndose así, cada una de ellas en *sentencia arquimédica* (López, 2001) (Tabla 10).

Figura 14. Precedentes citados en la Sentencia C-543 de 2007, Corte Constitucional.



Fuente: Vlex. Mapa de precedentes. Sentencia de Constitucionalidad Nº 543/07 de Corte Constitucional, 18 de Julio de 2007.

Tabla 10. Sentencias de la Corte Constitucional que conforman el nicho citacional.

N°	N° Sentencia	Magistrado Ponente	Tema relacionado con la investigación
1	T-291 de 2020	Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo	Derecho al pago de incapacidad laboral Incapacidad laboral de origen profesional y de origen común
2	T-876 de 2013	Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	Derecho a la calificación de la pérdida de capacidad laboral en el marco del Sistema General de Seguridad Social Incapacidad laboral de origen profesional y de origen común
3	T-551 de 2013	Dra. María Victoria Calle Correa	Incapacidad laboral superior a 180 días
4	T-190 de 2012	Dr. Mauricio González Cuervo	Derecho a la estabilidad laboral reforzada Incapacidad laboral por enfermedad no profesional o accidente común incapacidad por enfermedad o accidente laboral

5	T-182 de 2011	Dr. Mauricio González Cuervo	Derecho al mínimo vital Marco normativo de las incapacidades laborales por enfermedad no profesional o accidente común Pago de incapacidad laboral superior a 180 días
6	T-468 de 2010	Dr. Jorge Iván Palacio Palacio	Incapacidad laboral Terminación de contrato de trabajo por incapacidad superior a 180 días Sistema General de Protección Social Integral Incapacidad laboral superior a 540 días
7	T-212 de 2010	Dr. Juan Carlos Henao Pérez	Incapacidad médica Incapacidad laboral Marco normativo de las prestaciones por enfermedad no profesional o accidente común
8	T-920 de 2009	Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	Incapacidades laborales
9	T-485 de 2010	Dr. Juan Carlos Henao Pérez	Incapacidad laboral Pago de incapacidad laboral superior a 180 días
10	T-684 de 2010	Dr. Nilson Pinilla Pinilla	Incapacidad laboral
11	T-279 de 2012	Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	Derecho fundamental a la Salud y Derecho al mínimo vital Seguridad Social Incapacidad Incapacidad laboral
12	T-919 de 2009	Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	Derecho al pago de incapacidad laboral
13	T-118 de 2010	Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	Derecho a la Estabilidad laboral reforzada de persona en estado de debilidad manifiesta Terminación de contrato de trabajo por incapacidad superior a 180 días Pago de incapacidad laboral por enfermedad general
14	C-336 de 2012	Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	Sistema de Riesgos Profesionales Demanda de inconstitucionalidad por vulneración del Derecho a la Igualdad

Se continúa con el siguiente paso, la *ingeniería reversa*, en donde se lleva a cabo la conformación del *nicho citacional* (López Medina, 2001). Se realiza la extracción de la información de precedentes citados en cada una de las sentencias seleccionadas (tabla 10), apoyado del buscador de precedentes de la base de datos Vlex. Con el propósito de hallar un nicho citacional lo suficientemente amplio, se replicó el procedimiento hasta un tercer nivel, como se puede ver en el anexo 1 (Tablas nicho citacional por sentencia arquimédica). El total de sentencias fue de 1379 entre el año 1992 y 2021. Luego, se realizó una búsqueda por

frecuencia de citación en el nivel 2 y 3, estableciendo así las sentencias más citadas (los primeros 10 lugares) y obteniendo las elegidas para su examen (tabla 11).

Tabla 11. Sentencias elegidas para el análisis jurisprudencial.

Nivel	Sentencia	Frecuencia citación	Nivel	Sentencia	Frecuencia citación
2	C-543 de 2007	13	**3**	C-543 de 2007	21
	T-311 de 1996	6		T-311 de 1996	23
	T-920 de 2009	4		SU-480 de 1997	16
				C-177 de 1998	9
				T-406 de 1992	9
				T-414 de 1992	9
				T-426 de 1992	9
				T-441 de 1993	9

Se eligió como *sentencia fundacional* de la línea, la T-406 de 1992 (5 de junio), Magistrado Ponente, Dr. Ciro Angarita Barón, porque coincide con las características enunciadas por López Medina (2001): corresponde al periodo de las sentencias fundacionales, es de las más repetidas y además no cita otras sentencias, por lo tanto, falló desde un vacío jurisprudencial. Además, es la más citada entre las que se encuentran en el mismo periodo (se cita en 1292 documentos). De esta forma, como último los puntos nodales están formados por las demás sentencias.

A continuación, se presentan aquellos aspectos a resaltar que se asocian al propósito de la investigación en materia de incapacidad temporal e identificados en los fallos constitucionales elegidos.

Como *sentencia fundadora* (López, 2001) se analizó la sentencia T-406 de 1992, en la cual se examina la situación de los derechos sociales, económicos y culturales a la luz de los derechos fundamentales y del Estado Social de Derecho a partir de un caso en concreto en el que se estudia el derecho a la salubridad pública. En primer lugar, este fallo analiza la figura del estado social, citando a H.L. Wilensky (1975), indicando que se trata de aquel "Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad"

(Sentencia T-406 [Sent]. 5 de junio de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional, Colombia). Por su parte el Estado de derecho ha sido analizado como la respuesta al Estado intervencionista a manera de una respuesta de organización jurídica y política, pero especialmente, como lo enuncia la sentencia en mención:

> Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política (subrayado fuera de texto) (Sentencia T-406 [Sent]. 5 de junio de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional, Colombia).

Así mismo, los principios Constitucionales entendidos como prescripciones jurídicas de carácter general que por su naturaleza se constituyen en normas de aplicación inmediata por el legislador como por el juez constitucional, se encuentran enunciados en el artículo 2 y 3 de la Constitución Política (1991), entre los cuales se encuentran la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad y son de uso obligado como medios de interpretación en la solución de problemas jurídicos (Sentencia T-406 [Sent]. 5 de junio de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional, Colombia). En esta misma sentencia se indican las cualidades de los derechos fundamentales, la primera su carácter objetivo, como derechos individuales, luego la posibilidad de su *aplicación inmediata* (sin necesidad de intermediación normativa); en segundo lugar la conexión directa con los principios constitucionales (se derivan de ellos); tercero, se encuentran enunciados de forma expresa; cuarto, la remisión expresa a tratados y convenios internacionales y de derechos humanos; y por último, ser considerado un derecho inherente a la persona (Sentencia T-406 [Sent]. 5 de junio de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional, Colombia).

Es entonces, cuando la sentencia T-406 de 1992 plantea el *principio de conexidad* aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales, indicando que no solo es posible su aplicación a los derechos de primera generación y de esta forma abre la posibilidad de utilizar

la tutela como mecanismo de protección ante ciertos casos en los que se vulneran derechos a la salud (Ej: niños) el derecho al trabajo (Ej: mínimo vital); esta posición según el M.P. Dr. Angarita Barón, es una *postura media* entre aquellos que los consideran plenos derechos constitucionales y quienes les dan un tratamiento de enunciados programáticos requiriendo su desarrollo a través de la ley (Sentencia T-406 [Sent]. 5 de junio de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional, Colombia).

El siguiente fallo es la sentencia T-426 de 1992 que aborda el tema del derecho a un mínimo vital (derecho a la subsistencia), como un derecho innominado que se relaciona de forma estrecha con el derecho a la vida, a la salud, al trabajo y a la seguridad social, tema que se ha abordado en varias oportunidades por el alto tribunal constitucional en particular cuando se trata de la protección de personas de tercera edad. Esta sentencia hace alusión al derecho a la subsistencia indicando que:

> Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad (Sentencia T-426 de 1992 [Sent.]. 24 de junio de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuente Muñóz. Corte Constitucional, Colombia)

Además, establece que:

> Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución. Este derecho constituye el fundamento constitucional del futuro desarrollo legislativo del llamado "subsidio de desempleo", en favor de aquellas personas en capacidad de trabajar pero que por la estrechez del aparato económico del país se ven excluidos de los beneficios

> de una vinculación laboral que les garantice un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna (Sentencia T-426 de 1992 [Sent.]. 24 de junio de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuente Muñóz. Corte Constitucional, Colombia).

En la misma sentencia se hace alusión al Estado social como aquel que tiene entre sus propósitos evitar que la población, ya sea de forma individual, grupos o sectores, se expongan a situaciones precarias desde el punto de vista económico o social, de tal forma que los ubique en una posición de desventaja frente a otros (Sentencia T-426 de 1992 [Sent.]. 24 de junio de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuente Muñóz. Corte Constitucional, Colombia). En entonces, que por mandato constitucional (artículo 1 y 2), y de conformidad al principio de la dignidad humana y la solidaridad, se debe garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna (Sentencia T-426 de 1992 [Sent.]. 24 de junio de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuente Muñóz. Corte Constitucional, Colombia). De igual manera es posible aplicar las garantías del derecho al mínimo vital cuando se está ante una situación de discriminación (personas o grupos), en debilidad manifiesta y para garantizar la igualdad de oportunidades (Sentencia T-426 de 1992 [Sent.]. 24 de junio de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuente Muñóz. Corte Constitucional, Colombia).

Ahora, la sentencia también reconoce el carácter económico incluido en la Constitución Política (1991), en el Título XII del Régimen Económico y de la Hacienda Pública, lo cual hace que exista un vínculo entre el derecho al mínimo vital y la satisfacción de las necesidades insatisfechas por parte del Estado, por ello, es en esta situación en la cual se crean las condiciones para que la persona pueda exigir del Estado el cumplimiento de un derecho prestacional y la garantía efectiva de sus derechos sociales, económicos y culturales (Sentencia T-426 de 1992 [Sent.]. 24 de junio de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuente Muñóz. Corte Constitucional, Colombia). Entonces, podría indicarse que la prestación de incapacidad temporal como una parte del derecho a la seguridad social, tiene en primer lugar una relación estrecha con el derecho al mínimo vital y por ello es exigible su garantía cuando se está ante una situación en la que se encuentre vulnerado tal derecho.

Enseguida analiza el derecho a la seguridad social e indica que en instrumentos internacionales es reconocido como un derecho fundamental, así como la satisfacción de las necesidades básicas de la persona, sin embargo, para Colombia, la Constitución Política (1991) lo enuncia como un derecho social, económico y cultural, debido a su carácter programático e implicaciones de índole financiero para el país (Sentencia T-426 de 1992 [Sent.]. 24 de junio de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuente Muñóz. Corte Constitucional, Colombia).

A continuación, la sentencia T-441 de 1993 analiza la situación del derecho a un mínimo vital en persona en condición de debilidad manifiesta, particularmente en condición de minusvalía y el derecho a la igualdad. En el análisis, presenta que como parte del desarrollo del Estado social de derecho y del orden justo, "*prevalece el reconocimiento de situaciones diversas*" y por ende de las condiciones de desigualdad y citando la Sentencia C-094 (27 de febrero) de 1993 concreta lo relacionado con el alcance del derecho a la igualdad:

> La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionados a aquellas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta.
>
> De allí que el mismo artículo constitucional en mención haya estatuído que la actividad estatal se orientará al logro de la igualdad real y efectiva, adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados y protegiendo especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en posición de debilidad manifiesta. Esta función, que tiene fundamento en el concepto del Estado Social de Derecho, excluye las tendencias que pretenden hacer de la igualdad un rasero único, inmodificable y no susceptible de adaptaciones. Citado en la (Sentencia T-441 de 1993 [Sent.]. 12 de octubre de 1993, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional, Colombia).

Se presenta una situación en la que por una condición física que trae como consecuencia la minusvalía, pone en riesgo el derecho a la dignidad humana, el derecho a la igualdad y el

derecho al trabajo y es en este punto, en donde el M.P. Dr. Hernández Galindo, indica que las implicaciones del Estado Social en Colombia (Constitución Social) “las autoridades están vinculadas de manera directa a la realización de la igualdad sustancial, a partir de la asignación de mínimos materiales en favor de grupos sociales determinados (CP art. 13, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51 y 67)” (Sentencia T-441 de 1993 [Sent.]. 12 de octubre de 1993, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional, Colombia) y por eso, citando la Sentencia T-427 del 24 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, reconocer “el derecho a la dignidad humana dignidad humana como fundamento de la organización política en el artículo 1o. de la Constitución, realza el valor de los derechos constitucionales de la igualdad" (Sentencia T-441 de 1993 [Sent.]. 12 de octubre de 1993, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional, Colombia).

La sentencia T-311 de 1996 analiza específicamente el tema de la incapacidad temporal y su relación con el derecho a un mínimo vital y a la digna subsistencia (artículo 11 Constitución Política) cuando su pago no es realizado por la entidad competente. En su análisis, se indican los elementos que definen y a su vez son el núcleo esencial de la prestación *incapacidad temporal* (incapacidad laboral, como lo indican en la sentencia). Así lo dice el fallo: “El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales” (subrayado fuera de texto) (Sentencia T-311 de 1996 [Sent.]. 15 de julio de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional, Colombia).

De acuerdo con la RAE, *sustituir* es “poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa; ocupar el lugar de otra; o suplir a alguien o hacer sus veces” (Real Academia Española, s.f, definición 1). Es decir, que el pago de la incapacidad temporal reemplaza, suple y hace las veces del salario del trabajador, mientras este se recupera de su enfermedad, evitando así la carencia económica derivada de la imposibilidad (temporal) para trabajar.

> no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera

anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia (Sentencia T-311 de 1996 [Sent.]. 15 de julio de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional, Colombia).

El fallo reconoce que la incapacidad temporal como prestación es un modo o manera en la que se le retribuye al trabajador por su actividad laboral, pero además asegura y protege a la persona de un mayor deterioro de su estado de salud, puesto que no tendrá que retornar a su trabajo mientras su recuperación no finalice y su capacidad para trabajar se recupere. Como se describió en el capítulo del marco teórico, el trabajo es un factor determinante de la salud y de la equidad en salud.

"Y es que el trabajador tiene derecho a que se le retribuyan sus servicios pero también a que se le otorgue justo trato durante el tiempo en que permanece involuntariamente inactivo por causa de perturbaciones en su salud" (Sentencia T-311 de 1996 [Sent.]. 15 de julio de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional, Colombia). El trato justo del trabajador durante la enfermedad es una de las formas en las que se desarrollan los objetivos del Estado Social, pero a su vez es la expresión de la solidaridad y humanización de las relaciones laborales, como forma de reconocimiento a la labor prestada.

"Así, el llamado "subsidio por incapacidad" surge como cláusula implícita del contrato y obligatoria por ministerio de la ley, en guarda de los derechos mínimos de todo trabajador". Y, además, "En el contexto del ordenamiento vigente, el pago de incapacidades hace parte del régimen de seguridad social y está a cargo de las instituciones correspondientes, de acuerdo con la ley". Es en este punto, en el que el análisis se centra en los derechos laborales, particularmente la remuneración mínima, vital y móvil, consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política. En este sentido, menciona el Convenio No. 95 OIT, relativo a la protección del salario (8 de junio de 1949), incorporado a la legislación colombiana mediante la Ley 54 de 1962 y que consagra en el artículo 12, el pago del salario en intervalos regulares; de lo cual se infiere que al ser la incapacidad temporal una prestación que sustituye al salario, esta también debe pagarse en los mismos intervalos del salario. Como se observa, también se reconoce como parte del derecho a la seguridad social, por lo tanto, es un punto de intersección de varios derechos fundamentales ante situaciones en la cuales la persona se encuentra en debilidad manifiesta por causa de una condición que afecta su salud; siendo

esos derechos: a la dignidad, a la vida, al trabajo, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social.

Continuando con la Sentencia SU-480 de 1997, la cual trata el tema del derecho a la seguridad social en el Estado Social de Derecho y a su vez analiza el derecho a la salud, ambos como derechos prestacionales y por ello, se requieren "normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema" (Sentencia SU-480 de 1997 [Sent.]. 25 de septiembre de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia). Esta sentencia como reitera que la protección de ambos derechos solo ocurre mientras se esté ante una situación que vulnere el derecho a la vida, haciendo alusión nuevamente al principio de conexidad.

Cuando revisa el Derecho a la seguridad social, indica que como servicio público está consagrado en la Constitución Política (1991) (artículos 48, 49, 11, 366) y reglamentado mediante diversas normas en las que se concretan las reglas y se hace efectivo el derecho (Sentencia SU-480 de 1997 [Sent.]. 25 de septiembre de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia). Por lo tanto, la igualdad material (reglas expresadas en las normas legales) no pueden restringir el derecho sino llevarlo a ser más eficiente (Sentencia SU-480 de 1997 [Sent.]. 25 de septiembre de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia). Ahora, relacionado con el punto anterior, el derecho a la salud, en ese entonces, se consideraba un derecho prestacional (no autónomo) derivado de la vida y el instrumento usado para hacerlo real es la seguridad social; en consecuencia, en este escenario el derecho a la seguridad social se torna como derecho fundamental cuando está conexo al derecho a la vida (Sentencia SU-480 de 1997 [Sent.]. 25 de septiembre de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia).

Entre los aspectos analizados por el fallo, se enuncia el derecho al tratamiento y cita el literal 11 del artículo 4º del decreto 1938 de 1994 que indica: "tratamiento son todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o hacer

desaparecer los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad que alteran el normal funcionamiento laboral, familiar, individual y social del individuo"; constituyéndose en una de las obligaciones de los planes en salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pero los tratamientos están sujetos a periodos mínimos de cotización (Sentencia SU-480 de 1997 [Sent.]. 25 de septiembre de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia). Debe aclararse que, aunque en ese momento la sentencia examinó este asunto bajo los parámetros de los periodos mínimos de cotización, en la actualidad no es posible exigirlos para ningún servicio ni procedimiento, según el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011.

De igual forma, la sentencia enfatiza en que los recursos, obtenidos por las cotizaciones realizadas por el trabajador y empleador al régimen contributivo de salud tienen un carácter parafiscal, tanto que "son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa" (Sentencia SU-480 de 1997 [Sent.]. 25 de septiembre de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia); en este sentido también los copagos y cuotas moderadoras, así como los aportes del Estado son dineros públicos que las EPS y el Fondo de Solidaridad (hoy ADRES) administran (Sentencia SU-480 de 1997 [Sent.]. 25 de septiembre de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia).

La sentencia C-177 de 1998 examina nuevamente los derechos prestacionales, los derechos sociales y económicos y en este marco el derecho al mínimo de subsistencia, en el contexto de la pensión de vejez. En esta sentencia se hace alusión al principio de progresividad aplicable a los derechos prestacionales, lo cual no debe ser causa de su vulneración, por el contrario, se indica que la doctrina internacional ha sustentado que estos derechos tienen un núcleo esencial como lo tienen los derechos civiles y políticos, por el cual se materializan los "derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico" (Principio de Limburgo No 25). Existe entonces una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital" (Sentencia C-177 de 1998 [Sent.]. 4 de mayo de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia).

Al revisar el derecho a la salud, establece que se trata de un servicio público como componente de la seguridad social, genera derechos prestacionales y de éste se derivan derechos fundamentales; por ello no es un derecho fundamental en sí mismo, pero por excepción en los niños lo es; pero en ciertas situaciones por conexidad puede convertirse en derecho fundamental cuando se está ante la vulneración al derecho a la vida o a la integridad personal. Entonces, para la Corte el contenido constitucional protegido en el derecho a la salud en el contexto de la seguridad social son las prestaciones obligatorias en salud y el acceso y permanencia en el sistema de salud (Sentencia C-177 de 1998 [Sent.]. 4 de mayo de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia).

Una característica del derecho a la seguridad social con respecto a la prestación de los servicios de salud, que se enuncia en el fallo, es que con base al artículo 53 de la Constitución Política, en el que se regula los principios mínimos del derecho laboral, señala que se debe garantizar al trabajador la seguridad social; es decir, que su alcance es en esencia en el ámbito de las relaciones entre empleador y trabajador, teniendo en cuenta que el responsable primario de garantizar la seguridad social de los trabajadores es el propio empleador (Sentencia C-177 de 1998 [Sent.]. 4 de mayo de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia).

Seguidamente, la sentencia C-543 de 2007, considerada para el presente análisis como la *sentencia hito* (López, 2001). Esta sentencia trata en particular el principio de igualdad en incapacidades laborales, siendo la única en la historia del alto tribunal constitucional que ha tratado el tema objeto de la presente investigación. En este fallo se examina la posible violación de los artículos 13 (Derecho a la igualdad y a la no discriminación) y 53 (Derecho al trabajo, Derecho al mínimo vital, Derecho a la Seguridad Social) de la Constitución Política por parte del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo. Particularmente el apartado en el que indica en el valor del auxilio por enfermedad no profesional de la siguiente forma: *"*las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante" (Código Sustantivo del Trabajo [Código] 05 de agosto de

1950, Colombia, artículo 227; Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).

Los argumentos del demandante se pueden resumir de la siguiente forma:

- La norma indicada en el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 227) vulnera el derecho a la igualdad, en la medida que establece un trato diferente al trabajador que se enferma e incapacita laboralmente por enfermedad no profesional, frente a la situación en la que su incapacidad es por una enfermedad de origen laboral. Reducir el salario en el auxilio por enfermedad no profesional es un trato discriminatorio que resulta en la desprotección al trabajador en una situación de debilidad manifiesta por enfermedad (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).
- Además, el artículo en mención (227) del Código Sustantivo del Trabajo vulnera el derecho al mínimo vital y móvil, el cual se desprende del artículo 53 de la Constitución Política (1991), cuando se indica la reducción inicial a las 2/3 partes del salario y después de los 90 días a la mitad del salario, lo que considera el demandante como una situación agravante de la enfermedad (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).

Vale la pena en este caso resaltar la intervención de la delegada de la Defensoría del Pueblo, quien solicita declarar inexequible la norma demandada (de forma parcial) porque:

> es contraria al principio de la igualdad de protección y trato que las autoridades deben ofrecer a todas las personas que se encuentren en una misma situación de hecho comparable, como lo son los trabajadores que encontrándose al servicio de un patrono o empleador se incapaciten temporalmente de tal manera que les impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional o de una enfermedad común, general o no profesional (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).

Y continúa con su planteamiento estableciendo que los trabajadores se encuentran en igualdad de condición, es decir en la misma situación causada por una enfermedad de origen

distinto que les impide laboral de forma temporal, entonces, *"*Se trata de trabajadores que vienen siendo tratados en forma distinta por las normas comparadas, al establecer un auxilio monetario o un subsidio sustancialmente distinto para cada caso, sin que exista un motivo razonable que justifique dicha distinción*"* (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).

De igual forma en su intervención, la delegada de la Defensoría del Pueblo hace alusión al principio de la libre configuración legislativa, indicando que éste no es obstáculo para que el legislador otorgue un tratamiento distinto en situaciones comparables (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia); y continúa explicando que ese trato discriminatorio afecta derechos laborales del trabajador, atenta contra los fines del Estado Social y Democrático e imposibilita la igualdad real y efectiva de los trabajadores colombianos (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia). Finaliza su intervención con la siguiente conclusión:

> la causa del origen del accidente o enfermedad profesional y la del accidente o enfermedad no profesional no inciden para nada desde el punto de vista fáctico en el tratamiento y protección que ambas situaciones demandan (sic). Ambos grupos de trabajadores se encontrarían cesantes temporalmente, ninguno de ellos podría desarrollar la actividad objeto del contrato o relación laboral y en las dos situaciones la asunción del riesgo por lo general ha sido trasladado a un tercero que permite además al patrono o empleador liberarse de la carga salarial por vía de aseguramiento del riesgo. Se diría entonces que la diferenciación legal no tiene ninguna justificación y que estaría excediendo los límites de la discrecionalidad racional del Legislador (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).

El análisis realizado por el alto tribunal constitucional inicia con retirar la jurisprudencia anterior frente al carácter prestacional del derecho a la seguridad social y que a su vez en su reglamentación normativa por parte del legislador se eligieron varios modelos, regidos por principios y reglas generales establecidas en la Constitución Política (1991), siendo una de

ellas el principio de universalidad, que es explicado en este fallo citando las sentencias C-623 y C-1024 de 2004 (M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil), la sentencia C-823 de 2006 (M.P. Dr. Jaime Córdoba Treviño S.P.V. Nilson Pinilla Pinilla) como:

> la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).

Luego describe el principio de solidaridad en el contexto de la seguridad social, como esa ayuda mutua entre personas, generaciones y sectores económicos y que en el Sistema de Seguridad Social Colombiano se representa en la forma de contribución por parte de los trabajadores, empleadores y del Estado y para ello cita lo enunciado en la sentencia C-111 de 2006 en la cual se establecen las subreglas relacionadas con la cotización, la edad y los periodos mínimos de cotización. Adicionalmente, retoma el principio de eficiencia definido como "lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social" (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia) sumado al principio de sostenibilidad financiera al cual debe apegarse el legislador a la hora de emitir regulaciones futuras, de tal forma que se prevea el equilibrio financiero del sistema (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia). Por último, retoma el principio de la libre configuración legislativa y reitera que el legislador tiene una amplia potestad en legislar en materia de seguridad social por las razones ya indicadas en apartados anteriores.

Luego continua el análisis presentando el recuento histórico de la incapacidad temporal por enfermedad (general y laboral) como prestación económica, la cual inicialmente se constituyó como una prestación exclusiva del empleador como parte de las prestaciones comunes y es en ese contexto es que el artículo 227 del Código Sustantivo del trabajo define su reconocimiento, sin embargo como lo indica la sentencia, los artículos 193 y 259 establece

que estas prestaciones pasan a ser obligación del hoy extinto Instituto de los Seguros Sociales, si éste se ha hecho cargo del riesgo (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, son ahora las EPS en el Sistema de Seguridad Social en Salud (SGSSS) quienes asumen las prestaciones por los riesgos comunes o generales (enfermedad general) y las ARL en el Sistema General de Riesgos Laborales (SGRL), las prestaciones de origen laboral. A su vez, el SGSSS establece que al régimen contributivo deben afiliarse todas aquellas personas con capacidad de pago, es decir los trabajadores con contrato de trabajo, servidores públicos, pensionados y jubilados y trabajadores independientes con capacidad de pago. Por otra parte, está el régimen subsidiado al cual se afilian todas aquellas personas sin capacidad de pago (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia). De tal descripción se infiere que el derecho a recibir un pago a manera de prestación, como lo es la incapacidad temporal, solo es atribuible a aquellas personas que ostentan la calidad de trabajador (dependiente o independiente) siempre y cuando se cumplan las formalidades del contrato laboral o de las relaciones laborales según la normatividad vigente en la materia.

Hasta el momento, no se ha mencionado nada diferente a lo examinado en otros fallos relativos a los derechos prestacionales y al derecho a la seguridad social. Pero luego el M.P. Dr. Tafur Galvis señala las características del Sistema de Seguridad Social Colombiano consagradas en la Ley 100 de 1993, empezando por decir que este Sistema está conformado por varios regímenes establecidos así por el legislador de acuerdo con su potestad, a saber: sistema de seguridad social en salud, sistema general de pensiones, sistema general de riesgos laborales y los servicios sociales complementarios; sugiriendo que estos sistemas no solo son diferentes sino que funcionan de forma independiente, particularmente los señalados como objeto de análisis (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia). En este sentido, dice la sentencia haciendo referencia a las normas que reglamentan tales materias, se encuentra el Sistema General de Riesgos Laborales, encargado del aseguramiento y protección contra los riesgos derivados del trabajo como la enfermedad laboral, accidente de trabajo, invalidez laboral y muerte de

origen laboral. En consecuencia, la prestación económica por la enfermedad laboral o el accidente de trabajo es la incapacidad temporal reglamentada en el artículo 2 y 3 de la Ley 776 de 2002, de la siguiente forma:

> se entiende por incapacidad temporal, aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado. (artículo 2, Ley 776 de 2002)
>
> Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario. Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional (artículo 3, Ley 776 de 2002).

La duración máxima de esta prestación a la luz de esta sentencia y la norma vigente al momento del fallo son 180 días prorrogables por 180 días más, término en el que se debe reintegrar al trabajador a su actividad laboral o realizar el procedimiento para la calificación de pérdida de capacidad laboral. Bajo el anterior contexto la Corte Constitucional reconoce que:

> La prestación aludida en el sistema de riesgos profesionales es pues claramente más comprensiva, y por ende diferente, de la que se estableció para el caso de la enfermedad no profesional o común dentro del sistema general de seguridad social en salud (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).

Es entonces cuando la Corte Constitucional analiza a la luz del caso en particular, el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política e insiste que la jurisprudencia ha analizado la materia citando la sentencia C-100 de 2004 (M.P. Dr. Álvaro

Tafur Galvis) y resume "corresponde al legislador otorgar el mismo trato jurídico a todas aquellas situaciones que pueden ser comparadas, así como establecer las correspondientes diferenciaciones cuando se trate de situaciones fácticas disímiles" (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia), pero a su vez indica que en repetidas ocasiones el alto tribunal ha indicado que no siempre el tratamiento legislativo diferente implica en sí mismo una violación del principio de igualdad (citando la sentencia C-530 de 1993 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero), mientras que sea objetivo y razonable, para lo cual acude, tradicionalmente por la Corte Constitucional, al test de igualdad, como instrumento metodológico para dirimir la controversia (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia). El test de igualdad, lo recuerda el fallo, presenta varias condiciones a cumplir y los retoma de la sentencia C-1176 de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, como:

> Se busca así establecer en cada caso i.) si se está frente a supuestos de hecho diversos o si estos son comparables; ii.) si el fin perseguido por la norma es un fin objetivo y legítimo a la luz de la Constitución; iii.) si los supuestos de hecho estudiados, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guardan una coherencia o eficacia interna, es decir una racionalidad entre ellos; iv.) si el trato desigual es proporcionado. La necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios y los fines perseguidos por la norma ha sido también resaltada por la jurisprudencia, que ha propuesto tres pasos para resolverlo: así entonces, a) los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido; b) los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin y, c) los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).

De los criterios mencionados es esencial para la aplicación del test de igualdad, el cumplimiento del primero, es decir, *si se está frente a supuestos de hecho diversos o si estos son comparables*, de lo contrario no es posible desarrollar tal metodología y aludiendo esta

justificación la Corte decide que no es posible en el caso del pago de la incapacidad temporal por enfermedad general frente a la incapacidad de origen laboral indicar que existe una vulneración al principio de igualdad, por cuanto las prestaciones indicadas pertenecen a diferentes sistemas de seguridad social, que a su vez cubren riesgos diferentes y cuentan con mecanismos de financiación diferentes (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).

En su análisis, el M.P. Dr. Tafur Galvis se centra en fundamentar su justificación principalmente en el origen del riesgo, su fuente o causa. De esta forma indica que la población general puede sufrir de una enfermedad o accidente que lo incapacite para trabajar y su origen está en los riesgos ajenos al trabajo, y por otra parte está la incapacidad que se deriva directamente de su trabajo o por las condiciones en las que trabaja. Luego motiva la decisión a partir de las fuentes de financiación de las prestaciones, que en el caso de la enfermedad general trata de las cotizaciones bipartitas (empleador-trabajador) realizadas al régimen contributivo de salud y en el caso de los riesgos laborales, tal cotización la asume por completo y en su totalidad el empleador. A su vez el valor de la cotización en el sistema de salud es diferente a la del sistema de riesgos laborales. Para sustentar aún más la conclusión al respecto, cita la sentencia C-252 de 2004 (M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra) en la cual se llega a una similar conclusión, pero en el análisis de la pensión de invalidez de origen común frente a la de origen laboral, consagradas en los artículos 40 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 10 de la Ley 776 de 2002 (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).

Sin embargo, la sentencia C-543 de 2007 se considera modificadora respecto a la conclusión a la que llega frente al derecho al mínimo vital y móvil, enunciado en el artículo 53 de la Constitución Política (1991), porque, aunque declara la exequibilidad del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, auxilio monetario por enfermedad no profesional, establece que este no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente. El M.P. Dr Tafur Galvis sustenta su postura a partir del análisis de la dimensión positiva y negativa del derecho al mínimo vital, realizada por fallos anteriores, en la cual se concedido la protección a este

derecho fundamental en casos en los cuales se vea comprometida la existencia digna, la subsistencia o como lo señala:

> El Estado y ocasionalmente los particulares están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia);

por ello es posible acudir a el mecanismo de la tutela en aquellos casos en los cuales no se paga la incapacidad temporal al considerarlo una vulneración al derecho al mínimo vital (Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia).

En el análisis jurisprudencial realizado, no existe ninguna otra sentencia que trate de forma específica el tema de la igualdad entre la prestación de incapacidad temporal por enfermedad general frente a la de origen laboral.

Por último, se encuentra la sentencia T-920 de 2009 en la que se trata el tema del pago de las incapacidades temporales por enfermedad general superiores a los 180 días y la vulneración a los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital y que en el presente análisis jurisprudencial es considerada como sentencia confirmadora de principio (López, 2001). En primer lugar, reitera lo indicado por la jurisprudencia constitucional y es la importancia de garantizar el pago oportuno de la incapacidad temporal por enfermedad general cuando se afecta el derecho al mínimo vital y este es la única fuente de ingresos para garantizar la subsistencia del trabajador y su familia (Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia).

El principal aporte de este fallo es el análisis que lleva a cabo acerca del derecho fundamental al mínimo vital y el pago de las incapacidades temporales por vía de tutela. Para el M.P, Dr. Mendoza Martelo, esta alternativa se presenta en tres situaciones: a) cuando tales

prestaciones constituyen el único medio de subsistencia de quien las solicita (afectación del mínimo vital); b) cuando se afecta el derecho a la salud de quien se encuentra incapacitado y dada la ausencia de pagos, es abocado a reincorporarse a sus actividades de manera anticipada sin que pueda recuperarse satisfactoriamente y c) cuando las E.P.S. se niegan a cancelar las incapacidades bajo el argumento de que no se pagaron oportunamente los respectivos aportes al sistema (Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia).

En el caso de la afectación del mínimo vital, debe entenderse que este se relaciona estrechamente con los principios de la dignidad humana y la solidaridad del Estado Social de Derecho y que se ha definido como:

> el derecho que tienen todas las personas a vivir bajo unas condiciones básicas o elementales que garanticen un mínimo de subsistencia digna, a través de los ingresos que les permitan satisfacer sus necesidades más urgentes como son la alimentación, el vestuario, la vivienda, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la atención en salud, la educación, entre otras (Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia);

por esta razón debe ser analizado de manera cualitativa y no cuantitativa, a partir de las circunstancias particulares de cada caso concreto (Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia).

La vulneración al derecho a la salud y a la vida digna se evidencia cuando:

> la persona, al no recibir ingreso alguno se ve obligada a interrumpir su periodo de incapacidad para reincorporarse a sus actividades laborales, aun cuando no se encuentra en condiciones físicas para ello, con el ánimo de obtener los recursos económicos que le permitan solventar sus necesidades básicas y las de su familia" (Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia).

Lo anterior es considerado como una situación adversa para la completa recuperación y completitud del tratamiento ordenado por el médico tratante (Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia).

La última situación indica con claridad y de forma reiterada que las entidades encargadas del pago de la incapacidad temporal y en el caso en particular la EPS no puede usar como excusa el pago extemporáneo o tardío de los aportes al sistema por parte del empleador o trabajador independiente para negar el reconocimiento de tal prestación, aplicando así el allanamiento a la mora (Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia).

Como en casos anteriores, la sentencia T-920 de 2009 reitera el carácter prestacional del derecho a la seguridad social y su conformación por varios sistemas y de allí la forma en la cual está previsto de acuerdo con la normatividad vigente, el reconocimiento de la incapacidad por los riesgos de origen general (sistema de salud), frente a los riesgos de origen laboral (sistema de riesgos laborales). De allí que concluye que en el caso de la enfermedad general es la EPS la encargada de pagar la incapacidad durante los primeros 180 días y que mediante el artículo 23 del Decreto 2461 de 2001, "por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez", se permite la prórroga por 360 días más si existe un concepto favorable de la rehabilitación, tiempo en el que el fondo de pensiones se debe hacer cargo de la prestación (Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia).

A su vez indica que el trabajador incapacitado goza de la estabilidad laboral reforzada lo cual permite no solo mantener el vínculo laboral y la incapacidad a manera de ingreso sino además los beneficios económicos y asistenciales derivados de la seguridad social; por ello la Corte Constitucional lo ha indicado en varias oportunidades, como en la sentencia T-337 el 14 de mayo de 2009 (M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva), citada en el contexto del análisis frente al Derecho a la estabilidad laboral reforzada:

> En el marco de las relaciones de trabajo, la protección especial a quienes por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o indefensión, implica la titularidad del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, esto es, (i) el derecho a conservar el empleo, (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad, (iii) a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y (iv) a que la autoridad laboral respectiva autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal, a fin de que el despido pueda ser considerado eficaz (Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia).

Y al concluir sus consideraciones, el M.P. Dr. Mendoza Martelo indica lo siguiente con respecto del derecho a la estabilidad laboral reforzada y su relación con el derecho al mínimo vital:

> No resultaría coherente con el ordenamiento constitucional, que mientras el Sistema General de Riesgos Profesionales garantiza integralmente todas las prestaciones asistencias y económicas que se derivan de la incapacidad laboral por enfermedad profesional, otorgándole al trabajador un subsidio por incapacidad temporal equivalente al salario desde el inicio de la incapacidad hasta el momento de su rehabilitación, incluso aquellas que superan los 180 días, no suceda lo mismo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando se trata de una incapacidad que surge por enfermedad de origen común. Ello, comporta una discriminación que no es constitucionalmente admisible, como quiera que el origen de la enfermedad no debe ser factor determinante del grado de protección que merece el trabajador incapacitado. En cualquier circunstancia, quien se encuentre imposibilitado física, psíquica o sensorialmente para desempeñar su trabajo, igualmente requiere de los ingresos necesarios que le permitan subsistir de manera digna y, en tal sentido, es titular de la protección que le otorga el ordenamiento jurídico (Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia).

Con respecto a esta afirmación llama la atención que compara el ingreso recibido por el trabajador cuando se trata de una incapacidad temporal por enfermedad laboral con la incapacidad (ingresos) recibidos por causa de los riesgos en el trabajo e indique que "el origen de la enfermedad no debe ser factor determinante del grado de protección que merece el trabajador incapacitado*"* (Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia), dejando de alguna forma plasmado que esto podría ser considerado como una discriminación, en la medida que el trabajador que por una condición de salud vea afectada temporalmente su capacidad para trabajar *"*requiere de los ingresos necesarios que le permitan subsistir de manera digna*"* (Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia).

En conclusión, frente al análisis jurisprudencial puede indicarse que la Corte Constitucional ha sostenido sus reglas a la hora de interpretar el derecho a la seguridad social y su relación con los derechos a la dignidad humana, a la vida, a la salud, al trabajo y al mínimo vital; y por ende la finalidad de sus prestaciones, en particular de la incapacidad temporal. Lo cual significa que históricamente y a la fecha los diferentes fallos continúan dando valor al precedente (como obligatorio) indicado en la *ratio decidendi*, que como lo indica López Medina (2001) citando las sentencias SU-047 de 1999, C-131 de 1993 y C-083 de 1996, se refieren a las formulaciones que "a) establecen el principio general de la decisión tomada, b) que guardan una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia o c) que están en intima e inescindiblemente unidos con la parte resolutiva de la sentencia" (López, 2001, p. 106).

Lo anterior se observa claramente en la sentencia C-543 de 2007, en la cual se utilizan argumentos previos aplicados a otros casos a manera de precedente, para justificar porque no aplicar el test de igualdad ante una situación claramente e injustificada (desde el punto de vista de legislativo y de los derechos humanos) como lo es la diferencia en el pago que se otorga en por el auxilio de enfermedad general frente aquel cuyo origen es laboral, así como la duración del mismo; pero aún así reconoce la fundamentalidad del derecho al mínimo vital y por ello crea como regla que el reconocimiento de esta prestación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. A su vez, el derecho jurisprudencial, como lo indica

López Medina (2001) decide sobre casos presentes y futuros a diferencia del derecho legislado y por ende prevalece aún más en las decisiones de los jueces, la garantía de la igualdad por cuanto se espera que a futuro sea aplicado el precedente en casos similares, puesto que "el juez debe estarse a lo decidido en el precedente previo" (López, 2001, p. 114).

El caso analizado por la sentencia C-543 de 2007 presentaba una situación que admite un cambio en la jurisprudencia, sin embargo se entiende que el uso de esta técnica puede traer altos costos políticos y económicos, particularmente cuando se trata de derechos con un contenido económico e implicaciones financieras, en el caso concreto, para el Sistema de Seguridad Social.

Es claro que apartarse del precedente requiere "mostrar que los hechos relevantes o materiales de los casos anteriores no existen en el caso objeto de análisis o que existe una circunstancia material claramente diferente que justifica la diferencia de trato" (López, 2001, p. 118). De lo anterior se deriva la posibilidad de que siguientes casos, los argumentos en los que se sustenta la decisión involucren o amplíen nuevas situaciones a las cuales se les pueda aplicar el principio (López, 2001, p. 118). En general, esto es lo que se observa en los primeros fallos relativos a la prestación de incapacidad temporal por enfermedad analizaron situaciones en las cuales confirmaron la vulneración a los derechos a la dignidad humana y a la vida, aplicando el principio de conexidad con el derecho a la seguridad social. Seguidamente amplían a situaciones relacionadas con la vulneración a los derechos a la salud, al trabajo, al mínimo vital y a la subsistencia digna; pero también lo extienden a casos similares como la pensión de invalidez, la subsistencia digna en personas con discapacidad o minusvalía, la pensión a sobrevivientes y en casos de estabilidad laboral reforzada en situación de debilidad manifiesta.

6.3.2 Análisis cualitativo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Teniendo en cuenta que no es factible analizar la igualdad usando las técnicas de interpretación tradicionales y con el fin de buscar una solución a la problemática expuesta, se lleva a cabo un proceso de análisis cualitativo de las sentencias en el software MAXQDA Analytics Pro 2022 ® (Release 22.0.1) y así explorar el fenómeno de la incapacidad temporal desde la perspectiva de los derechos humanos y elaborar una teoría respecto de la

fundamentalidad del derecho a la seguridad social y por ende de las prestaciones derivadas de este mecanismo de protección social.

Análisis de frecuencia por palabras

Se excluyen las palabras que no generan o hacen parte de un concepto *incapacidad temporal*. Se obtiene como resultado un gráfico tipo *nube de palabras* determinado por frecuencia de palabras. Es decir, en la gráfica se representan las 200 palabras que al menos se repiten 10 o más veces en los 79 documentos objeto de análisis. En este caso la palabra *salud* es la más frecuente (3566 veces), representando una frecuencia del 41.57% y estando presente en el 92.41% de los documentos analizados, como se observa en la figura 13. Las siguientes palabras más frecuentes son: *social* (2497 veces), *derecho* (2377 veces), *seguridad* (2069 veces), *derechos* (2004 veces), *sistema* (1886 veces), *incapacidades* (1736 veces), *laboral* (1713 veces), *incapacidad* (1599 veces) y *trabajo* (1487 veces).

Figura 15. Análisis exploratorio por frecuencia de palabras simples.

Realizando el mismo ejercicio, pero ahora por palabras combinadas (2 palabras combinadas) se encuentra que la que más predomina en la jurisprudencia analizada es *seguridad social* con una repetición de 1883 veces, representando una frecuencia del 12.09% y estando

presente en el 91.14% de los documentos analizados, como se observa en la figura 14. Las siguientes palabras más repetidas son en su orden *derechos fundamentales* (736 veces, 4,73% de frecuencia, 87,34% de los documentos), *mínimo vital* (589 veces, 78% de la frecuencia y en el 73,42% de los documentos); *riesgos profesionales* (586 veces, 3,76% de la frecuencia, 44,30% de los documentos); y *capacidad laboral* (418 veces, 2,68% de la frecuencia y 49,37% de los documentos).

Figura 16. Nube de palabras. Frecuencia por Palabras combinadas.

Por último, el análisis combinado de 3 palabras mostró que la palabra más frecuencia es *seguridad social integral* (frecuencia de 150 veces, que representa el 16,47% de la frecuencia y presente en el 45,57% de los documentos); *seguido de estabilidad laboral reforzada* (repetido 123 veces), *incapacidades temporal sustituyen el salario* (repetido 19 veces), *derechos sociales prestacionales* (repetido 13 veces), *protección laboral reforzada* (repetido 12 veces) y *remuneración mínima vital* (repetido 11 veces) (ver figura 15).

Figura 17. Nube de palabras. Frecuencia por palabras combinadas (3 palabras).

Este primer ejercicio cualitativo facilitó conocer de forma rápida, eficiente y medible las palabras con mayor relevancia en los textos analizados y sus relaciones.

Proceso de interrelaciones entre categorías.

Siguiendo con el proceso cualitativo se crean los códigos (en total 117), con sus respectivas descripciones (memos). Para empezar en las figuras 18 y 19 se representa a manera de ejemplo uno de los modelos de códigos en donde se evidencian las relaciones a partir del código *derechos humanos e Incapacidad* y como se desprenden subcódigos asociados a derechos humanos e incapacidad que se relacionan con el tema de investigación y a su vez, la asociación con las sentencias que incorporan texto relacionados con tales materias.

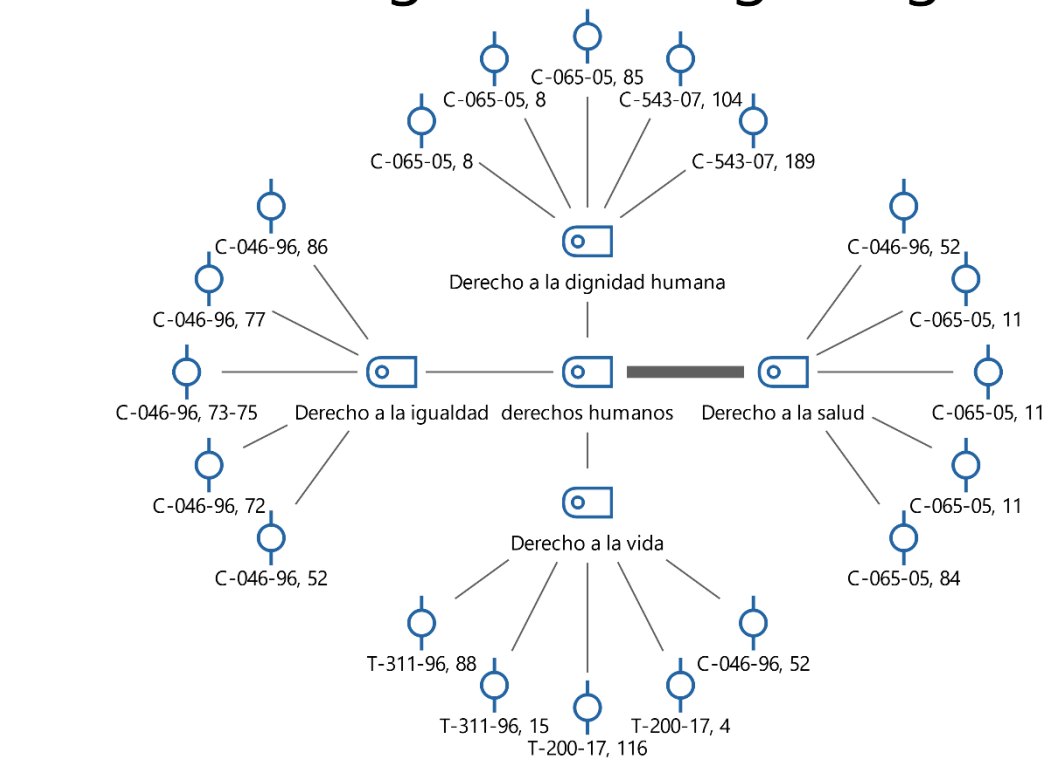


Figura 18. Representación del modelo de códigos y subcódigos a partir de Derechos Humanos.

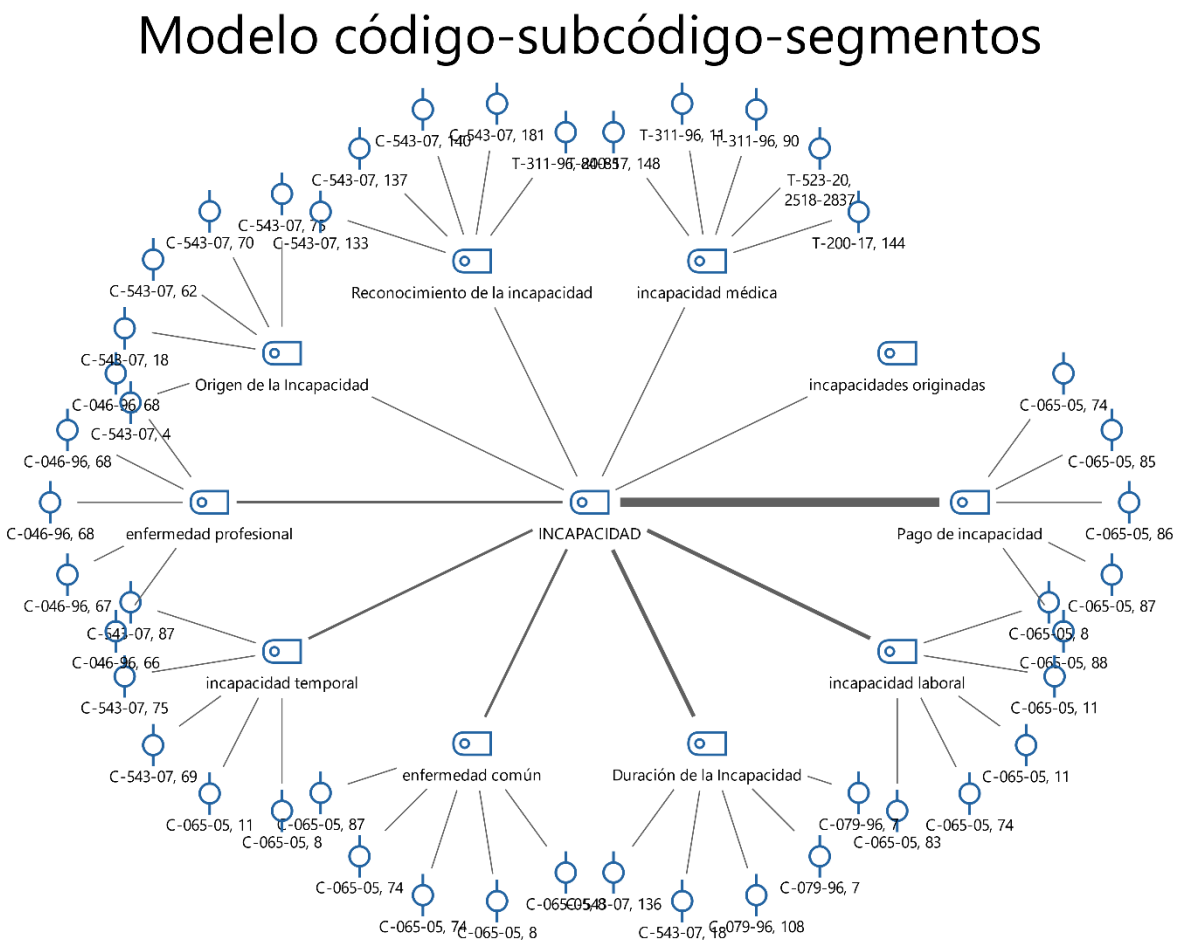
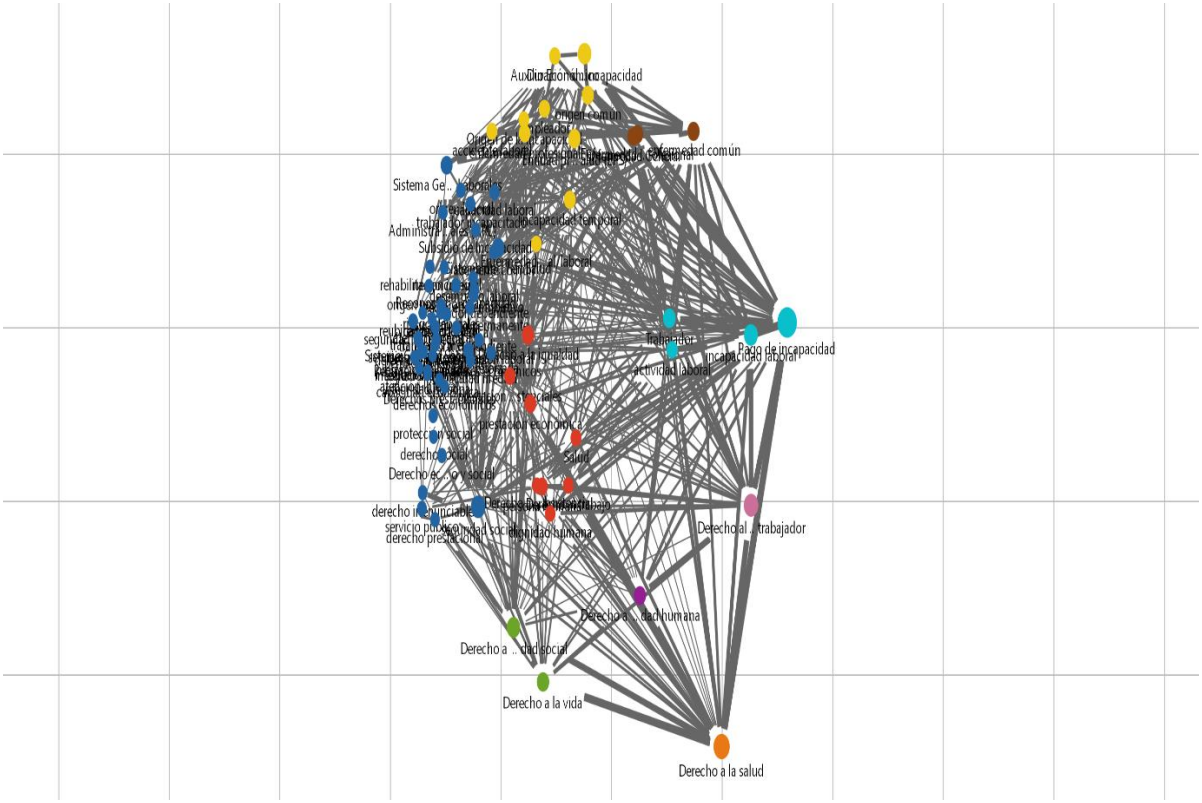


Figura 19. Representación del modelo de códigos y subcódigos a partir de Incapacidad

Por último, el mapa de códigos permite visualizar la similitud entre códigos; en este sentido entre más se solapen (agrupen) dos o más códigos es porque son más similares y tienen mayor proximidad y concurrencia entre documentos; y como en las figuras anteriores deja ver las conexiones. Esta figura tipo clúster, evidencia que se parte de un grupo único, el derecho a la salud y de este se derivan los demás agrupamientos de acuerdo con su proximidad. Esta división en el siguiente nivel sería del derecho a la vida, el derecho a la dignidad humana, el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social. Seguidamente se pueden observar otros agrupamientos, relacionados con los ya indicados, como lo son pago de la incapacidad laboral, trabajador, derecho económico y social y prestación económica. Y en donde existe mayor proximidad es en aquellos códigos que se asocian a la descripción de la seguridad social como un derecho económico y social, de tipo prestacional y la incapacidad como

prestación o subsidio económico, su origen y las entidades del Sistema General de Seguridad Social responsables de su reconocimiento.

Figura 20. Mapa de Códigos.



A partir de los mapas conceptuales anteriores es posible visualizar las conexiones entre derechos humanos y a su vez en lo relativo a la incapacidad, a partir de las sentencias analizadas. Como derechos humanos se evidencian relaciones entre el derecho a la igualdad,

a la dignidad humana, a la salud y a la vida con el tema principal de investigación, la incapacidad temporal como prestación económica que por su parte es el punto de conexión. Por otro lado, permite observar los diferentes aspectos vinculados a la incapacidad que han sido analizados de forma concurrente por parte del alto tribunal, como lo es el origen de la incapacidad (origen de la enfermedad), la duración y su reconocimiento (mecanismo y valor), mostrando correspondencia con lo hallado en la figura de los derechos humanos. Al mismo tiempo deja ver como no existe una denominación unificada para la incapacidad, recibiendo varios nombres como incapacidad médica, incapacidad laboral e incapacidad temporal, términos que han sido tratados como sinónimos por la Corte Constitucional. De esta forma se identifica una tendencia temporal en el análisis de la incapacidad temporal, dejando ver la inclinación a ser analizada desde la óptica de los derechos humanos.

El resultado del análisis por categorías mediante el software MAXQDA Analytics Pro 2022® (Release 22.0.1), se observó que principalmente las situaciones relacionadas con el no pago del subsidio o auxilio de incapacidad temporal suelen asociarse principalmente con derechos laborales como el mínimo vital y la seguridad social, pero entendiendo que la seguridad social tiene una conexión estrecha con el derecho a la salud y a la vida, termina siendo parte de la esencia de éstos y por ende de su protección, en la medida que la incapacidad temporal tiene una doble connotación, como un derecho asistencial y como derecho económico. No es posible desintegrar su naturaleza.

Para soportar este análisis se presentan segmentos de las sentencias analizadas según la clasificación de categorías-códigos.

a. Categoría derechos humanos, en el análisis multivariado que incluye derechos humanos/derechos fundamentales/derecho a la dignidad humana/derecho a la vida/derecho a la salud/derecho a la igualdad ha señalado la Corte Constitucional de forma reiterada lo siguiente:

El derecho a la vida es uno de los derechos fundamentales que con mayor frecuencia se enuncia al momento de revisar situaciones relacionadas con el derecho a la salud y a la seguridad social. De esta forma se ha reiterado que su carácter fundamental implica que no

requiere del desarrollo legislativo para su aplicación, mediando la acción de tutela como garante de este. Es así como la sentencia SU-111 de 1997, ha señalado frente a este derecho que:

> El derecho a la vida comprende básicamente la prohibición absoluta dirigida al Estado y a los particulares de disponer de la vida humana y, por consiguiente, supone para éstos el deber positivo de asegurar que el respeto a la vida física sea el presupuesto constitutivo esencial de la comunidad (Sentencia SU-111 de 1997).

Caso contrario sucede con los derechos económicos, sociales y culturales como la seguridad social cuya aplicación no es inmediata, requieren de reglamentación legal, organización administrativa y financiera para su implementación y se parte del contenido de las políticas públicas, por ello solo pueden ser considerados vulnerados cuando el caso en concreto evidencia una situación conexa con el derecho a la dignidad humana, a la igualdad y la vida (sentencia SU-111 de 1997; sentencia SU-480 de 1997)

Reconoce la Corte la importancia e inclusión del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el sistema jurídico colombiano. Tal norma enuncia los derechos inherentes a la persona relativos a dignidad humana como son la familia, la salud, el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales, así como el derecho al seguro de enfermedad entre otros., los cuales deben garantizarse en situaciones en los cuales se vean afectados los medios de subsistencia.

El derecho a la salud tuvo tratamiento de derecho social y económico pudiendo ser analizado como derecho fundamental por conexidad con derechos fundamentales como a la dignidad y a la vida, hasta la sentencia T-760 de 2008 la cual analiza las diversas situaciones en las que, a la fecha, históricamente habían sido señaladas como violatorias del derecho mencionado. Es por esta razón que sentencias como la SU-111 de 1997 y SU-480 de 1997 aún indicaban en sus consideraciones el carácter prestacional de este derecho, sin desconocer su vínculo con la vida humana, pero al mismo tiempo reconoce que la atención a la salud y el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, son parte integral del derecho a la

salud, característica que posteriormente retoma la sentencia T-760 de 2008 en su análisis de la fundamentalidad del derecho.

Aunque muchos de los casos analizados por el Alto Tribunal Constitucional se relacionan con la vulneración al derecho a la vida y a la salud por la no entrega de los medicamentos (sentencia SU-480 de 1997), respecto del derecho a la salud, no solo se trata de la protección por suministro de medicamentos o tratamientos, también es sujeto de protección cuando la persona requiere condiciones de reposo para que la salud se restaure. Ha dicho la Corte:

> Tales condiciones no pueden darse de manera simple sino cualificada, es decir, permitiéndole al trabajador el tiempo de reposo y garantizándole, simultáneamente, que en ese tiempo cuente con medios de subsistencia equivalentes a los que le brinda la realización de su labor (sentencia C-065 de 05).

Esta misma sentencia ha indicado que "El pago de licencia por incapacidad laboral derivada de enfermedad no profesional es una protección indirecta del derecho a la salud" (sentencia C-065 de 05). En este sentido el derecho al trabajo digno se asocia con el derecho a la salud cuando por determinadas circunstancias el trabajador debe continuar laborando aún con el riesgo de agravar su estado de salud, puesto que trabajo digno es igual a no verse forzado a trabajar durante la incapacidad, lo contrario estaría atentando contra la dignidad humana (sentencia C-065 de 05) y el derecho a la vida, puesto que es requerida la efectiva protección para el aseguramiento de la prestación de los servicios en salud (SU-039 de 1998). Particularmente en su proceso evolutivo, el derecho a salud siempre se le ha reconocido ese carácter inherente a la existencia de todo ser humano, por ello la protección a través de la igualdad real y especialmente en situaciones en las que las personas se encuentran en debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental, de tal forma que este fallo reconoce el principio de conexidad (SU-039 de 1998).

Como parte del contenido del derecho a la salud y la garantía al derecho a la vida, la sentencia SU-480 de 1997 plasma la realidad de la enfermedad cuando se expresa con relación al derecho al tratamiento médico:

> curar no es solamente derrotar la enfermedad, puede ser aliviarla, mitigar el dolor, aumentar las expectativas de vida. El enfermo no está abocado a abandonarse a la fatalidad, desechando cualquier tratamiento, por considerarlo inútil ante la certeza de un inexorable desenlace final; todo lo contrario, tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, si así lo desea, porque la vida es un acontecer dinámico, para disfrutarla de principio a fin; de manera que el hombre tiene derecho a que se la respeten las fases que le resten para completar su ciclo vital (sentencia SU-480 de 1997).

Al final, se deduce que el derecho a la salud incluye per se el derecho a estar enfermo y a la recuperación, como parte del proceso salud-enfermedad, del ciclo vital del ser humano y su afectación por determinantes de tipo social, económico, cultural, político y legal, entre otros; situación en la cual la incapacidad temporal se constituye en una garantía para el goce pleno de la salud y del trabajo.

Frente al derecho a la igualdad, en el análisis realizado por la Corte en la sentencia C-065 de 2005, del artículo 323 del Código Sustantivo del trabajo, en el caso de trabajadores con enfermedades venéreas por enfermedad general y enfermedad laboral, decidió declararlo inexequible puesto la igualdad no solo es ante la ley sino también de trabajo y ello no implica el trato diferencial de personas que deben ser tratadas igual. Por tanto:

> Se trata pues de tres dimensiones diferentes del principio de igualdad. La primera de ellas es la igualdad ante la ley, en virtud la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas. Este derecho se desconoce cuando (sic) una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas. Esta dimensión del principio de igualdad garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas. Para ello se requiere la segunda dimensión, la igualdad de trato. En este caso se garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente (sentencia C-065 de 2005).

Ahora bien, las dimensiones sustantiva y positiva de este derecho facultan a la ley en casos particulares otorgar un trato diferencial sin que ello sea considerado una vulneración a la igualdad (C-065 de 2005). En el caso de los trabajadores públicos y trabajadores al inicio de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, el análisis realizado es que se les dio un tratamiento diferente a dos supuestos de hecho que no son diferentes; porque "Sin importar la naturaleza del vínculo, trabajadores públicos y privados se encuentran expuestos a los mismos factores de riesgo profesional"(C-046 de 1996). Indicó la Corte que el principio de la igualdad es objetivo y no formal; siendo viable un trato diferente si está razonablemente justificado; es decir "Se discrimina cuando se hace una distinción infundada en casos semejantes" (C-046 de 1996).

Una de las situaciones en donde la Corte avala el trato desigual, fue cuando revisó el tema de la base de cotización en el Sistema de Pensiones frente al Sistema de Salud, porque:

> la finalidad de los dos sistemas, la forma como se organizan y funcionan, los servicios que cubren, los beneficiarios, los costos, la rentabilidad, la relación temporal entre cotización y prestación, el control que se ejerce sobre ellos, etc., son diferentes y por tanto responden a criterios específicos para cada uno (C-064 de 2005).

Y en el caso particular de la desigualdad en el reconocimiento y pago de la incapacidad temporal por enfermedad general, frente a los eventos de origen laboral, la sentencia C-543 de 2007, sostiene que la diferencia entre una y otra prestación, tampoco vulnera el derecho a la igualdad, pues la misma se encuentra plenamente justificada desde el punto de vista constitucional, por cuanto obedece a circunstancias de hecho diferentes.

También se ve vulnerado el derecho al mínimo vital cuando el trabajador se ve obligado a dejar su trabajo para cuidar su salud; el reconocimiento de la incapacidad se equipara al pago del salario, por eso su relación con el trabajo digno (C-065 de 2005). A su vez existe vulneración al derecho a la salud si el trabajador debe volver a trabajar por no poder cumplir con su tratamiento y si no recibe la incapacidad y deja de trabajar no podría cubrir los gastos médicos generados por el tratamiento (C-065 de 2005). A su vez la sentencia C-543 de 2007 estableció que:

> el objeto del derecho fundamental al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna (C-543 de 2007);

por esta razón el reconocimiento de la incapacidad temporal no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Con respecto al derecho a la seguridad social, la Corte reconoce los principios de la seguridad social enunciados en el Convenio 102 (Convenio sobre la seguridad social) de la OIT y estableció que es un derecho inalienable del ser humano y fundamental para el bienestar de la población y desarrollo de la sociedad (C-125 de 2000). Esta misma sentencia ha indicado sobre el principio de progresividad aplicado a derecho a la seguridad social que "debe extenderse en forma progresiva a toda la población, sin discriminaciones por razones personales o sociales" y de esta forma garantizar el desarrollo efectivo del derecho a la salud (C-125 de 2000). Ahora, en principio el derecho a la salud no fue considerado como fundamental, cualidad que aún se sostiene sobre el derecho a la seguridad social, en general por su carácter programático y desarrollo progresivo del legislador, que al final hacen parte del conjunto de acciones del Estado que contienen mecanismos para el reconocimiento de las prestaciones sociales y económicas, por esta razón solo pueden ser considerados como fundamentales en situaciones en la cuales se ve amenazado o vulnerado el derecho a la dignidad humana, la integridad personal, a la vida y el trabajo, debido al carácter indivisible entre el derecho a la salud, y a la seguridad social, con los derechos fundamentales enunciados (SU-039 de 1998). Coincidiendo con el anterior fallo, la sentencia SU-111 de 1997 indica en sus consideraciones el carácter prestacional de este derecho, sin desconocer su vínculo con la vida humana, haciendo énfasis en el propósito de estos derechos como es, a través del Estado, "procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica" (sentencia SU-111 de 1997), olvidando que más allá de garantizar condiciones materiales, su finalidad es el bienestar de la población en general y como un derecho irrenunciable de la persona.

Otro ejemplo del carácter prestacional del derecho a la seguridad social lo expone la sentencia SU-480 de 1997, la cual presenta las razones por las cuales es válido las limitaciones legales al derecho, mientras no afecte su núcleo esencial, sino como un mecanismo reglado que garantice su eficiencia (sentencia SU-480 de 1997). En todo caso le otorga una importante función y es la de ser un *instrumento* (la seguridad social como servicio público) para que el derecho a la salud sea una realidad (sentencia SU-480 de 1997).

b. Categoría derechos irrenunciables, en el análisis multivariado que incluye derechos laborales/derecho a la seguridad social/dignidad humana/derecho al trabajo/derecho a la digna subsistencia/derecho al mínimo vital del trabajador/derecho económico y social ha señalado la Corte Constitucional de forma reiterada lo siguiente:

Respecto a la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social, la Corte ha indicado que éste tiene una doble connotación "de una parte es un derecho irrenunciable de todas las personas, que adquiere el carácter de fundamental por conexidad, en la medida en que con su vulneración resultan comprometidos otros derechos que participan de esa naturaleza" (sentencia C-125 de 2000, Sentencia C-543 de 2007), puede entonces decirse que la Corte reconoce el carácter fundamental y prestacional del derecho a la seguridad social. Así mismo se ha explicado en varias oportunidades su carácter se servicio público a cargo del Estado y sujeta a diversos principios entre los cuales está la universalidad, eficiencia y solidaridad (sentencia SU-039 de 1998)

En el ámbito de las prestaciones derivadas de la protección social en Colombia, la norma de referencia es la Ley 100 de 1993, y cita la sentencia C-046 de 1996 que la norma en referencia (artículo 1) tiene como finalidad "garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad", mediante el amparo de las contingencias que afecten el resultado esperado como lo es la "calidad de vida acorde con la dignidad humana" (sentencia C-046 de 1996). En este contexto es necesario que bajo el principio de progresividad se extienda la protección que ejerce la seguridad social sobre la población colombiana y en particular sin discriminación del orden personal o económico (Sentencia C-125 de 2000). Por otra parte, se reconoce que

el derecho a la seguridad social se orienta, entre otros principios, por la solidaridad, lo cual es motivo de llamar la atención frente a la sostenibilidad (racionalización) financiera, de tal forma que toda la población pueda acceder a los beneficios de protección (sentencia C-125-2000). A su vez, en otras sentencias se hace alusión al propósito de la seguridad social, como los mecanismos de protección que buscan proteger a la población de "los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna" (sentencia SU-039 de 1998, citando la sentencia T-116 de 1.993, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara). A partir de lo dicho, existe una estrecha relación del derecho a la seguridad social con los derechos fundamentales a la vida, al trabajo y a la salud sentencia (SU-039 de 1998).

En algunos casos el alto tribunal constitucional ha analizado el principio de universalidad como orientador de la seguridad social en Colombia. Este ha sido entendido la cobertura de la población, por lo tanto, en desarrollo de la dignidad como atributo de la persona, se espera que esta cobertura sea a toda la población sin excepción, pues no es aceptable que algunos gocen de una vida digna y otros no (sentencia C-543 de 2007). Bajo este razonamiento, debería justificarse el reconocimiento de la incapacidad temporal en igualdad de trato (para los que devenguen más del salario mínimo mensual vigente) para aquellos trabajadores enfermos de origen general, puesto que el pago inferior determinado por el ordenamiento legal vigente, lo cual a su vez sustituye al salario en esos casos de enfermedad, vulneran la calidad de vida y la dignidad, al no contar con la totalidad de sus ingresos para la sostenibilidad financiera personal y de su familia. Esta afirmación tiene tanto sentido, que el M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, reconoce que no es posible descontar del salario mínimo lo estipulado por el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, por vulnerar el artículo 53 de la Constitución Política (sentencia C-543 de 2007).

Por su carácter prestacional el derecho a la seguridad social requiere de un desarrollo progresivo, facultad que ostenta el legislador y por ello sus mecanismos de acción son concretados mediante políticas públicas y programas a cargo del Estado dirigidas a toda la población en el territorio nacional (SU-039 de 1998); es de esta forma como "el derecho abstracto se concreta con reglas y con procedimientos prácticos que lo tornan efectivo"

(sentencia SU-480 de 1997). Si bien es un derecho irrenunciable no cuenta con el carácter de fundamental, excepto en aquellas situaciones en las que se ven amenazados o vulnerados derechos fundamentales por la vía de la conexidad, como ya se ha explicado (SU-039 de 1998 y para mayor explicación cita la Sentencia T-042 de 1.996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz; SU-111 de 1997; SU-480 de 1997); bajo esta premisa, el derecho a la seguridad social no desconoce el derecho a la vida, por ello la salud hace parte de su contenido (SU-111 de 1997).

Desde la perspectiva de los derechos laborales la Corte Constitucional ha mencionado de forma reiterada que:

> el derecho al trabajo en condiciones dignas no sólo implica la posibilidad de trabajar, sino también la posibilidad de no verse forzado a laborar cuando las condiciones físicas no le permitan al trabajador seguir desempeñándose en su labor, so pena de agravar su estado de salud (Sentencia C-065 de 2005).

Por ende, la renuncia a la protección por enfermedad vulnera las condiciones dignas de trabajo. En este mismo sentido el mismo fallo enfatiza en la importancia de garantizar el trabajo en situaciones de enfermedad, por cuanto el ingreso del trabajador, su salario, se constituye en su sustento, el mínimo vital; se afectaría el derecho al trabajo si por el no reconocimiento de la incapacidad temporal el trabajador se ve obligado a volver anticipadamente al trabajo poniendo en riesgo su salud (sentencia C-065 de 2005).

Ligado a lo descrito, es cuando se analiza la correlación entre el mínimo vital con el pago de la incapacidad temporal, es decir con el derecho a la seguridad social, puesto que tal prestación, como lo ha indicado la Corte sustituye el salario, por esto, "tiene estrecha relación con el derecho fundamental a obtener las condiciones materiales básicas para el desarrollo de una vida en condiciones dignas" (sentencia C-065 de 2005, SU-480 de 1997), además de la garantía al derecho a la salud, como ya se ha indicado. Es por esos motivos, que el no pago de la incapacidad temporal es sujeto de protección mediante la acción de tutela, por su vínculo con el derecho al mínimo vital y a la digna subsistencia. Entonces es claro que cuando un trabajador no recibe su salario existe afectación al derecho al mínimo vital, y lo cual se

extiende a cuando se trata del salario mínimo o si su salario es la única fuente de ingreso (Sentencia T-094 de 2006)

Es así como se reconoce que el propósito del derecho fundamental al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas; de esta forma permite que la persona cuente con las condiciones materiales para llevar una existencia digna, por lo tanto, no solo está en la esfera de las necesidades o subsistencia física, sino de sus valores, capacidades, roles y lo que representa en la sociedad (sentencia C-543 de 2007, SU-111 de 1997). Anticipándose a hechos recientes, este fallo indicó que en situaciones de urgencia, reguladas por la normativa legal interna, si la persona no es autónoma y "que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano", lo que se conoce como la dimensión positiva del derecho al mínimo vital (sentencia C-543 de 2007), el Estado y eventualmente los particulares autorizados deben suministrar las medidas de protección necesarias; circunstancias que se presentaron con la reciente pandemia por el virus SARS-COVID-19, en donde el Estado Colombiano otorgó desde agosto de 2020 el auxilio denominado *compensación económica temporal (CET) por COVID-19*, dirigido a la población afiliada al régimen subsidiado de salud, cuyo reconocimiento era de equivalente a siete días de salario mínimo legal diario vigente ($204.000 para el año 2020) y pagado a una sola persona por núcleo familiar y por una vez, para el cumplimiento del aislamiento (artículo 14, Decreto Legislativo 538 de 2020 del 12 de abril de 2020; y Decreto 1109 de 2020, artículos 8-11, Ministerio de Salud del 10 de agosto de 2020); mientras los trabajadores afiliados al régimen contributivo de salud continuaron gozando del auxilio de incapacidad temporal según la reglamentación vigente. Esta medida podría ser considerada como una solución al trato discriminatorio entre la población formal e informal con respecto al tema de la prestación económica por incapacidad temporal, otorgándose a los afiliados al régimen subsidiado un subsidio especialmente cuando se tratan de periodos prolongados y de forma limitada.

Por su parte la dimensión negativa del derecho al mínimo vital se determina "por en un límite o cota inferior que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los

recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna" (sentencia C-543 de 2007). Entonces, es este el fundamento para explicar por qué la incapacidad temporal no puede ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente. Aun así, este fallo (sentencia C-543 de 2007) reitera que la incapacidad laboral suple o hace las veces de salario mientras el trabajador se recupera y se reincorpora a su trabajo.

Aun así, en la sentencia C-543 de 2007 se concluye que el pago de la incapacidad temporal, como un derecho no solo relativo a la seguridad social, sino al trabajo digno, en su reconocimiento diferencial por origen del evento (general y laboral) no se constituye en una vulneración al derecho al trabajo (artículo 53 de la Constitución Política), pero realiza la salvedad frente a que "el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal" (sentencia C-543 de 2007). Como se había indicado, se resalta la intervención de la representante de la Defensoría del Pueblo, al señalar que efectivamente, el trato distinto dado a trabajadores incapacitados por enfermedad general frente a los eventos laborales, limitan principios mínimos fundamentales como la remuneración mínima y vital, asociados al derecho a la igualdad de oportunidades aplicable a todos los trabajadores colombianos (sentencia C-543 de 2007). Así señala la Defensoría en el caso particular de análisis:

> el trato distinto dado por la norma a los trabajadores incapacitados laboralmente por una enfermedad común, general o de origen no profesional limita algunos principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, vinculados a la igualdad de oportunidades que predica para todos los trabajadores colombianos sin excepción, al derecho a la remuneración mínima vital y móvil, sujeta únicamente a la cantidad y calidad de trabajo, en virtud del principio de a trabajo igual salario igual y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas legales (sentencia C-543 de 2007).

c. Categoría incapacidad, en el análisis multivariado que incluye incapacidad temporal/origen de la incapacidad/accidente laboral/accidente común/enfermedad general o común/enfermedad profesional o laboral o enfermedad no

profesional/incapacidad médica/incapacidad laboral/reconocimiento de la incapacidad/pago de la incapacidad/subsidio de incapacidad/auxilio económico/duración de la incapacidad/servicio médico/asistencia médica/capacidad laboral/incapacidad permanente ha señalado la Corte Constitucional de forma reiterada lo siguiente:

En general las sentencias de la Corte Constitucional realizan su pronunciamiento partiendo de la diferencia existente en el origen de los riesgos y contingencias, modelo adoptado por el Sistema de Seguridad Social colombiano (gestión del riesgo basado en el aseguramiento). Por esta razón se encuentra siempre un análisis a partir de lo que se consideran los riesgos comunes o generales (enfermedades y lesiones), amparados por el Sistema de Seguridad Social en Salud, los riesgos de invalidez y muerte por enfermedad general, lo asume el Sistema General de Pensiones, mientras que los riesgos laborales (enfermedad laboral, accidente de trabajo, invalidez laboral y muerte laboral) son cubiertos por el Sistema General de Riesgos Laborales. Así mismo las prestaciones asistenciales y económicas las asume cada uno de los sistemas según las competencias establecidas por la normatividad que los regula. En términos generales el Sistema de Seguridad Social en Salud, asume las prestaciones asistenciales en salud para los regímenes contributivo y subsidiado, y las prestaciones económicas de auxilio de incapacidad temporal y licencia de maternidad y paternidad para los trabajadores cotizantes al régimen contributivo. Por su parte el Sistema de Pensiones otorga solo prestaciones económicas, principalmente la pensión por vejez, pero en casos de afectación de la salud con pérdida de capacidad laboral del 50% o mayor, reconoce la pensión de invalidez; y por excepción se le ha otorgado la responsabilidad del pago de la incapacidad temporal cuando esta supera los 180 días hasta el día 540, mientras se cumplan los requisitos legales enunciados en la normativa vigente. Por último, el Sistema General de Riesgos Laborales tiene un doble sentido prestacional porque no solo reconoce lo asistencial, sino también aquellas prestaciones económicas como son la incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez y pensión a sobrevivientes solo para los riesgos laborales. Este tema es tratado en la sentencia C-046 de 1996.

Frente al tema de la enfermedad que pueda sufrir un trabajador la Corte ha reiterado la importancia del tiempo que se le debe dedicar al cuidado de la salud, lo cual no solo corresponde a un reposo, implica el tratamiento médico indicado y la rehabilitación; pero también es importante la remuneración que se recibe durante este periodo, lo que ha llamado la Corte en algunos casos como incapacidad laboral, puesto que es lo que garantiza que el trabajador no deba retornar anticipadamente al trabajo (protegiendo así la dignidad humana como se ha indicado anteriormente), y por ello de forma concomitante protege la salud y seguridad del trabajador y la de sus compañeros y demás trabajadores o colaboradores (sentencia C-065 de 2005).

A su vez, ha indicado la Corte que "El pago de licencia por incapacidad laboral derivada de enfermedad no profesional es una protección indirecta del derecho a la salud" (sentencia C-065 de 2005); afirmación que puede tener otra interpretación a la luz de la sentencia T-760 de 2008, relativa a la fundamentalidad del derecho a la salud, por una parte porque el pago de la incapacidad temporal al trabajador hace parte integral del tratamiento que tiene derecho a recibir, es un factor esencial para el goce efectivo del derecho a la salud, determina el acceso oportuno a los servicios de salud y desde la gestión de la atención en salud es un indicador de medición de los resultados de la prevención de la enfermedad (general y laboral); entonces contrario sensu el pago de la incapacidad temporal (o licencia por incapacidad, como lo denomina el M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra), es una protección directa del derecho a la salud, porque como sucede con el derecho a la salud en cuanto a las obligaciones a cumplir respecto de éste, la incapacidad es un derecho que se debe respetar, proteger y garantizar(sentencia T-760 de 2008).

Nuevamente se encuentra una conexión estrecha con los derechos laborales, puesto que en se realiza la observación respecto a que la incapacidad laboral se equipara al salario (en otros apartado se indica que es el monto sustituto del salario o también se le llama auxilio monetario) y a su vez esto conlleva a la relación con el derecho fundamental a la subsistencia digna, por ello ante el no pago de la incapacidad se está ante la vulneración al derecho al mínimo vital, en la medida que el trabajador no contará con los recursos económicos para sufragar aquellos costos derivados del cuidado de su salud, generando perjuicios

irremediables; además de la vulneración a derechos fundamentales (T-311 de 1996; T-1123 de 2001; T-972 de 2003; C-065 de 2005; T-789 de 2005; T-920 de 2009; T-212 de 2010; T-485 de 2010; T-200 de 2017; T-523 de 2020;). En general esta prestación por enfermedad debe ser garantizada por el Estado a todas las personas (C-125 de 2000). De igual manera, debe tenerse en cuenta que la incapacidad temporal no suspende ni da por terminado el contrato laboral, esta es otra de las garantías en el marco de los derechos del trabajador, de allí también la obligación del pago del salario del trabajador y debe ser oportuno (T-311 de 1996).

En general la Corte Constitucional reconoce que el Sistema de Seguridad Social colombiano acoge el modelo de gestión del riesgo, por ello, la necesidad de separar y diferenciar el origen de la enfermedad y accidentes, pero reconoce que estos eventos sin importar el origen pueden tener su causa en diferentes factores de riesgo o circunstancias (sentencia C-543 de 2007). A su vez, es el origen de esos eventos, las que determinan el pago y reconocimiento de la incapacidad temporal, indicando, por una parte, que no es posible reconocer en condición de igualdad la incapacidad temporal por enfermedad general como se hace con aquella cuyo origen es laboral; y por otro lado, que en ningún caso es posible que esa incapacidad sea inferior al salario mínimo (sentencia C-543 de 2007; sentencia T-094 de 2006).

Respecto al pago no igualitario de la incapacidad temporal, se promulgan como principales argumentos: 1) se trata de sistemas diferentes (sistema de salud y sistema de riesgos laborales); 2) en consecuencia su financiación también lo es; 3) la cobertura de la población es diferente, así como de los riesgos; y por último 4) el llamado a aplicar el principio de eficiencia (sentencia C-543 de 2007; T-485 de 2010). Además, en este fallo se indica que no debe confundirse la prestación de origen general con la laboral, la primera es una prestación del sistema de salud en caso de enfermedad, la segunda se entiende como la sustitución del salario que devenga el trabajador como contraprestación por la labor realizada, por ello se trata de naturaleza diferente, "circunstancias de hecho diferente*"* (sentencia C-543 de 2007). Así lo ha mencionado:

> el salario es la remuneración que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio dentro de una relación de trabajo; a su vez, el auxilio monetario por

> enfermedad general es una prestación propia del régimen de seguridad social en salud y que obedece, no a la prestación de un servicio, sino que es la consecuencia de un evento cubierto por un régimen de aseguramiento de origen legal, que tiene su propia -y diferente- naturaleza y finalidad constitucional. Equiparar sin más el salario y el auxilio por enfermedad general para atribuir al segundo las características del primero, constituye una grave confusión entre la naturaleza de uno y otro" (sentencia C-543 de 2007).

En este punto me aparto de la argumentación dada por el fallo. Tanto el salario, como la prestación económica derivada de la enfermedad tienen un origen legal y aunque su naturaleza es diferente, recaen sobre el mismo sujeto, la persona, quien en su ciclo vital de adultez asume diversos roles entre otros el de trabajador; por lo tanto la naturaleza de la persona es una y no es posible su divisibilidad, puesto que para la persona los efectos de la enfermedad (emocionales, psicológicos, sociales, económicos) son los mismos, sin importar el origen de la enfermedad.

En este punto es necesario enfatizar que el origen general o laboral de la enfermedad no afecta el tratamiento y rehabilitación requerido y de igual manera, el efecto de la inactividad laboral derivado de la pérdida temporal de la capacidad para trabajar implica que sin importar el origen el trabajador no puede realizar su actividad laboral y en ambos casos es el empleador, en virtud del vínculo laboral el obligado a reconocer la prestación por incapacidad, tema que le ha sido trasladado a una entidad aseguradora (EPS o ARL) en virtud del aseguramiento del riesgo. Por lo tanto, no existe tal justificación para que el legislador otorgue un trato diferente por causa de los eventos, recordando que el tratamiento y la recuperación hace parte integral del derecho a la salud (sentencia SU-111 de 1997).

El aporte principal de la sentencia C-079 de 1996 en la materia objeto de investigación es la definición de la enfermedad no profesional (enfermedad general o común) como:

> aquel estado patológico morboso, congénito, o adquirido que sobrevenga al trabajador por cualquier causa, no relacionada con la actividad específica a que se dedique y determinado por factores independientes de la clase de labor ejecutada o del medio en que se ha desarrollado el trabajo (C-079 de 1996).

Aunque hoy en día podría ser propuesto otro concepto de enfermedad general, ha sido de las pocas que se enuncian en las consideraciones de la Corte durante el análisis de estos temas. Aclarar, que a la fecha no existe una definición de enfermedad general de orden legal, más que algunas definiciones que aún se preserva por costumbre de la normativa anterior a la ley 100 de 1993 o expedida de forma transitoria mientras se daba tránsito del Instituto de Seguro Social a las entidades promotoras de salud.

En esta sentencia se trata un tema sensible, como lo es el despido de los trabajadores cuya condición de salud (enfermedad o accidente) los pone en una situación de debilidad manifiesta. Sin embargo, para ese momento se empezaban a dar los primeros avances frente al tema, por lo tanto, sin desconocer lo dicho, se hace especial énfasis que la no recuperación del trabajador en el plazo de los 180 días, estipulados en el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 227), no debe ser razón para continuar con la relación laboral, dando así la razón al empleador de terminar el contrato laboral, eso sí, pagando la indemnización correspondiente (C-079 de 1996). Por su parte la sentencia T-485 de 2010 usó como definición para la incapacidad temporal "cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología" (T-485 de 2010)

En términos de la duración de la incapacidad, el Alto Tribunal Constitucional ha revisado en varias oportunidades los periodos legales asignados para la incapacidad temporal de origen laboral y de origen general, mostrando en varias oportunidades también, las entidades responsables del pago de la prestación. De esta forma, en la incapacidad de origen general participan en su pago el empleador, la EPS y el Fondo de Pensiones, como se ha descrito en apartados anteriores; mientras que en la incapacidad de enfermedad laboral, solo participan en su pago el empleador y la ARL (T-920 de 2009; T-118 de 2010; T-485 de 2010; T-523 de 2020; T-194 de 2021). Cabe anotar que la sentencia T-920 de 2009 menciona la diferencia en el reconocimiento de días en la incapacidad que existe en el Sistema de Salud frente al Sistema de Riesgos Laborales, cuando este término supera los 180 días; pero sobre este aspecto no se profundiza y queda a manera de enunciado. Dice:

ello (haciendo alusión a la incapacidad que surge por enfermedad de origen común), comporta una discriminación que no es constitucionalmente admisible, como quiera que el origen de la enfermedad no debe ser factor determinante del grado de protección que merece el trabajador incapacitado" (T-920 de 2009).

d. Categoría protección social/ sistema general de protección social/seguridad social integral/sistema general de riesgos laborales/sistema de seguridad social en salud/seguro social/régimen contributivo/trabajador dependiente/entidad promotora de salud/prestación económica/administradora de riesgos laborales/origen profesional/salud/servicios asistenciales/trabajador independiente/servicio público/riesgo común ha señalado la Corte Constitucional de forma reiterada lo siguiente:

La Seguridad Social desde una perspectiva pragmática es un servicio público, obligatorio, irrenunciable a cargo de Estado y sujeto a ciertos principios entre los cuales se encuentra la universalidad, eficiencia y solidaridad (C-046 de 1996; SU-487 de 1997; SU-039 de 1998; C-125 de 2000; C-543 de 2007); pero desde una óptica social y amplia se trata de un amparo destinado a proteger de aquellos riesgos que puedan afectar a la población, especialmente la más vulnerable, especialmente en lo que concierne a su capacidad económica y tiene como propósito mantener a la población sana y productiva, por ello el deber del Estado de ampliar su cobertura progresiva, garantizado la calidad de vida acorde a la dignidad humana (C-046 de 1996; SU-039 de 1998; C-543 de 2007; T-920 de 2009). Este fallo identifica *la atención en salud* como una actividad parte del derecho a la seguridad social y que incluye la promoción, protección y recuperación, por lo tanto, también goza de la cualidad de ser un servicio público en las mismas condiciones descritas que para la seguridad social (SU-039 de 1998; C-125 de 2000). Para ese entonces, aún el derecho a la salud era considerado un derecho económico y social, por tanto y como ya se ha mencionado, junto con el derecho a la seguridad social tienen un carácter programático, requiriendo de un conjunto normativo para su reglamentación y políticas estatales para su desarrollo, relacionándose por conexidad con derechos fundamentales (SU-039 de 1998; C-125 de 2000).

Citando la Sentencia T-116 de 1.993 (M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara), sobre la seguridad social se expresó lo siguiente:

> El concepto de seguridad social hace referencia pues, al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna (citada en sentencia SU-039 de 1998).

Además, se ha mencionado que es un modelo mixto (SU-487 de 1997).

Bajo el análisis de esta sentencia el Derecho a la seguridad social presenta las siguientes cualidades: conjunto de medidas de protección que incluye los cuidados médicos (atención en salud) y asegura los *medios de vida* en caso de pérdida o reducción debido a las situaciones o circunstancias ocurridas no voluntarias (SU-039 de 1998; T-200 de 2017). Es posible entender en el sentido del análisis y otras sentencias, que se refiere a los medios económicos para el mantenimiento de un ingreso digno. Ahora, muchas veces el Alto Tribunal Constitucional ha analizado la viabilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, indicando que la fuente principal de financiación se encuentra en las cotizaciones de los afiliados y empleadores (C-046 de 1996; SU-487 de 1997) y sumado a lo anterior la necesidad de aplicar el principio de eficiencia entendido como "lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social" (C-543 de 2007), en la medida que los recursos del Sistema son limitados (SU-487 de 1997).

Frente a la salud se explica como un derecho *inherente a todo ser humano*, reconociendo el carácter de unidad y de permanencia, por lo tanto, la imposibilidad de prescindir de ésta porque hace parte de la naturaleza de la persona, de su esencia. Tanto así que, existe una especial protección las personas que por su condición económica, física o mental se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta, como lo es cuando se encuentran en incapacidad por enfermedad (SU-039 de 1998; C-125 de 2000). De igual manera se entiende que la salud es un deber del Estado Social y así mismo un fin (SU-111 de 1997), es "un bien básico para

el individuo y la comunidad" (SU-111 de 1997), ocupando siempre uno de los primeros lugares en la agenda política.

En esta sentencia se describe el régimen contributivo en salud, como un conjunto de normas que determinan los requisitos de afiliación y cotización de las personas y sus familias, el cuál es financiado por los aportes realizados entre trabajadores y empleadores; mientras que el régimen subsidiado es aquel en donde los individuos se vinculan mediante una cotización subsidiada con recursos fiscales y de solidaridad; siendo ambos regímenes parte integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SU-039 de 1998).

A su vez, otro componente integral del Sistema de Seguridad Social es el Sistema de Riesgos Laborales, que tiene como fin proteger a la población trabajadora de los riesgos en el trabajo, estableciendo a su vez no solo prestaciones asistenciales, sino también económicas como la incapacidad temporal de origen laboral (C-046 de 1996; T-920 de 2009). Aun reconociendo el principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social, se indica que cada subsistema (salud, riesgos laborales, pensiones) tiene reglamentación diferente aunque sean interdependientes, pero a su vez llama la atención la siguiente consideración:

> Así pues, el hecho de que usualmente temas como las pensiones hayan hecho parte de la legislación laboral o temas como la salud hayan sido regulados en leyes específicas independientes, en ningún caso constituyen una barrera al legislador para crear, por ejemplo, un Código Social en el que integre todas las normas que regulan la seguridad social (C-046 de 1996).

En esta presentación de un modelo fragmentado en subsistemas de protección, el Sistema de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Riesgos Laborales cuentan con una prestación económica llamada incapacidad temporal, pero que por las razones expuestas (tipo de afiliados, mecanismos de cotización, financiamiento, riesgos cubiertos) se reconoce y otorga de forma diferente a los trabajadores con enfermedad general, frente a aquellos que sufren una enfermedad laboral, siendo mucho más desventajosa la primera frente a la de origen laboral (en duración e ingreso). Esta distinción ha sido justificada por la Sentencia C-543 de 2007 sustentando sus consideraciones en la distinción de sistemas, aun conformando

un único sistema regido por el principio de integralidad. De Esta forma ratifica que la incapacidad por enfermedad general debe ser reconocida en principio por la EPS, mientras que aquellas que son de origen laboral por la ARL, en los términos previstos por la ley y que se han enunciado en el presente documento. Como salvedad, el fallo estableció que tal prestación no puede ser inferior al salario mínimo mensual vigente, reconociendo la importancia de este ingreso para mantener la capacidad adquisitiva para la compra de los bienes necesarios para la subsistencia, teniendo en cuenta que al tratarse de enfermedad general el trabajador recibe el 66.6% del SBC hasta el día 90 y a partir del día 91, recibe el 50% del SBC (C-543 de 2007; T-920 de 2009; T-118 de 2010; T-485 de 2010; T-420 de 2020; T-194 de 2021).

En este orden de ideas, en tabla 12 se presenta la síntesis del reconocimiento de la incapacidad temporal realizada por el Sistema de Seguridad Social en Salud frente al Sistema General de Riesgos Laborales.

Tabla 12. Comparativo reconocimiento de la incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.

Sistema General de Seguridad Social en Salud			**Sistema General de Riesgos Laborales**		
Duración Entidad Obligada	**Reconocimiento**	**Fuente normativa**	**Duración Entidad Obligada**	**Reconocimiento**	**Fuente normativa**
Día 1-2 Empleador	2/3 partes del salario (66.66% SBC)	Art. 227 CST Art. 1º Dec 2943/13 Comp Dec 780/16	Día 1 Empleador	100% SBC	Art. 3 Ley 776/02 Art. 1º Dec 2943/13 (concor) Art. 142 Dec 019/12, que modificó Art. 41 Ley 100/93
Día 3-90 E.P.S	2/3 partes del salario (66.66% SBC)	Art. 227 CST Art. 1º Dec 2943/13 (concor) Art. 142 Dec 019/12, que modificó Art. 41 Ley 100/93 Comp Dec 780/16	Día 2-180* A.R.L	100% SBC	Art. 3 Ley 776/02 Art. 1º Dec 2943/13 (concor) Art. 142 Dec 019/12, que modificó Art. 41 Ley 100/93
Día 91-180* E.P.S	50% SBC	Art. 1º Dec 2943/13 (concor) Art. 142 Dec 019/12, que modificó Art. 41 Ley 100/93	Día 181-360* A.R.L	100% SBC	Art. 3 Ley 776/02 Art. 1º Dec 2943/13 (concor) Art. 142 Dec 019/12, que modificó Art. 41 Ley 100/93

		Comp Dec 780/16 Art 26 Ley 361/97			
Sistema General de Pensiones					
Día 181-540* A.F.P	50% SBC	Art. 142 Dec 019/12, que modificó Art. 41 Ley 100/93 Comp Dec 780/16 Art 26 Ley 361/97	Día 361-720* A.R.L	100% SBC	Art 26 Ley 361/97 Art 3 Ley 776/02 Art 23 Dec 2463/01
Sistema General de Seguridad Social en Salud					
Día 541 en adelante E.P.S	50% SBC	Art. 67 Ley 1753/15 Dec. 1333/18 Art 26 Ley 361/97	Día 720* en adelante A.R.L	100% SBC	Art 26 Ley 361/97 Art 3 Ley 776/02 Art 23 Dec 2463/01

*Entre el día 120 y 150 debe ser calificada la pérdida de calificación de invalidez, de lo contrario, para continuar recibiendo el auxilio de incapacidad temporal, el trabajador debe contar con un concepto favorable de rehabilitación emitido por la EPS, como lo establece el artículo 2.2.3.2.2 del Decreto 780 de 2016 (que compiló el Decreto 2943 de 2013) y lo indicado por la sentencia T-401 de 2017 con respecto al concepto cuando la incapacidad supera los 540 días o en el caso de origen laboral 720 días, en concordancia con el Decreto 2463 de 2001.

Art: Artículo CST: Código Sustantivo del Trabajo ARL: Administradora de Riesgos Laborales
Dec: Decreto Comp: Compilado EPS: Entidad Promotora de Salud
Concor: concordancia AFP: Administradora de Fondo de Pensiones

Por otra parte, los mecanismos de protección social, como la seguridad social también son vistos como parte sustancial del derecho al trabajo. Tanto así que fallos como la Sentencia C-065 de 2005 al referirse sobre el tema estableció que "la posibilidad de no verse forzado a laborar cuando las condiciones físicas no le permitan al trabajador seguir desempeñándose en su labor, so pena de agravar su estado de salud" (C-065 de 2005; C-125 de 2000) es una de las condiciones dignas, fundamento esencial del derecho al trabajo.

Adicionalmente reitera que así se le otorgue el reposo requerido al trabajador para recuperar su estado de salud, pero no recibe la "remuneración equivalente a la que obtendría de estar en pleno uso de sus facultades" (C-065 de 2005), se estaría ante la vulneración de las condiciones dignas de trabajo. Nótese que, en esta sentencia, al hacer referencia a la incapacidad temporal, la denomina *remuneración equivalente*, lo que permite reiterar el carácter de salario del cual goza esta prestación, o como lo indica la sentencia, el mínimo vital, otra razón para justificar su pago igualitario sin importar la causa u origen del evento (enfermedad o lesión). En el mismo sentido se ha establecido que se trata de la vulneración al mínimo vital (T-094 de 2006; T-212 de 2010; T-200 de 2017). Adicionalmente, el legislador reconoció la importancia de cumplir con el periodo de recuperación de la

capacidad para trabajar, el cual puede superar el tiempo establecido como incapacidad temporal, caso en el cual el empleador está obligado a reubicar al trabajador en una actividad laboral acorde a sus limitaciones (C-543 de 2007, Ley 776 de 2002, artículo 2)

Debe entenderse que la protección social bajo el modelo de seguridad social escogido por el Estado de Colombia incluye las prestaciones que se han descrito y por esto de forma reiterada la Corte Constitucional ha dicho que *el pago de la incapacidad se equipara al salario* de la persona que por causa de la enfermedad no puede asistir al trabajo y esto desde la protección tiene una estrecha relación con el derecho a la digna subsistencia o mínimo vital, así como al derecho a la salud (T-311 de 1996; T-1123 de 2001; T-789 de 2005; C-065 de 2005; T-485 de 2010). En este contexto, se trata de una prestación que se le reconoce solo a quien ostenta la calidad de trabajador, lo cual se constata mediante la existencia de un vínculo formal de trabajo y cuya formalidad se encuentre contemplada en el ordenamiento legal Colombiano (T-311 de 1996; T-485 de 2010).

e. Categoría principios/estabilidad laboral reforzada/equilibrio financiero/trabajador incapacitado/rehabilitación integral/reubicación laboral/reintegro laboral/reincorporación laboral/tratamiento médico/integración social/integridad personal

Como se ha mencionado, el hecho de ser un derecho prestacional y un servicio público, la Seguridad Social se rige por el principio de equilibrio financiero y parte de este concepto está determinado por el mecanismo de cotización tanto al sistema de salud como al de riesgos laborales. En el caso de salud, las personas cotizantes aportan de forma proporcional al salario y de igual manera pasa en caso de devengar más de un salario (C-064 de 2005; SU-480 de 1997). Frente al mismo principio, se ha dicho que tiene un vínculo estrecho con el principio de solidaridad, por cuanto este último es el que tiene como propósito garantizar la universalidad de las prestaciones y por ello, la racionalidad de los recursos de la seguridad social garantizar que la cobertura sea para la totalidad o la mayor parte de la población (C-125 de 2000).

Por otra parte, se menciona que, como parte de los principios fundamentales, la seguridad social es un derecho inalienable y garante del bienestar general, lo cual es un factor esencial para la integración social (C-125 de 2000); sin embargo, solo adquiere el carácter de derecho fundamental solo por conexidad con derechos de tal rango como lo son la vida, la dignidad humana, la integridad personal y el trabajo entre otros (SU-039 de 1998)

El principio aplicado en condiciones de enfermedad de un trabajador es el de la estabilidad laboral reforzada (T-200 de 2017; T-485 de 2010; C-065 de 2005; C-543 de 2007; T-920 de 2009). Consecuencia de los derechos laborales, particularmente de la sostenibilidad del vínculo laboral y por ende del ingreso mientras dure la incapacidad temporal (sin importar el origen del evento), este principio tiene como propósito salvaguardar la sostenibilidad económica del trabajador y su familia evitando así el menoscabo financiero al cual se puede ver avocado por la pérdida del trabajo y por efecto, la protección a la salud, permitiéndole así a la persona afectada recuperarse sin tener que preocuparse por el sustento individual y familiar.; en este sentido también se relaciona directamente con la dignidad humana y se aplica a todos los trabajadores protegidos por el CST y aquellos cuyos vínculos laborales sean reconocidos como tal por la normatividad nacional vigente en la materia (C-065 de 2005; C-543 de 2007).

Así mismo, la normatividad y la jurisprudencia en materia laboral ha determinado unas formalidades para la terminación del contrato en trabajadores que por su condición de salud se encuentran en situación de debilidad manifiesta y por tanto amparados por la estabilidad laboral reforzada. En este sentido y como se ha mencionado, el estado de incapacidad temporal inhabilita al trabajador transitoriamente para trabajar, determinando unos periodos legales en los cuales se deben adelantar las acciones destinados a la atención en salud (prevención, tratamiento, rehabilitación) y posteriormente la reincorporación al trabajo. Es así como se habla de un término inicial de 180 días (ya sea origen común o laboral), con posibilidad de prórroga por un periodo igual, siempre y cuando existe un concepto favorable de rehabilitación de lo contrario deberá ser calificada la pérdida de capacidad laboral para determinar la prestación correspondiente (T-118 de 2010; T-485 de 2010; C-543 de 2007; C-079 de 1996). En todo caso el CST y la jurisprudencia ha reiterado que en determinados casos

existe la posibilidad de dar por terminado el vínculo laboral previa indemnización (establecida en la Ley 361 de 1997) y permiso de la oficina de trabajo (C-079 de 1996; C-543 de 2007).

De la siguiente forma se resumen los efectos de la aplicación del principio de la estabilidad laboral reforzada, mencionados en varias sentencias, entre otras la sentencias T-920 de 2009 y T-118 de 2010:

> el derecho a la estabilidad laboral reforzada es omnicomprensivo, como quiera que asegura para el trabajador (i) el derecho a permanecer en el empleo; (ii) a no ser desvinculado del sistema de Seguridad Social, y (iii) a recibir un ingreso equivalente al salario que percibía, bien sea como incapacidad o como indemnización (T-118 de 2010; T-920 de 2009).

A su vez se entiende que las personas con discapacidad (en debilidad manifiesta), que incluyen a los trabajadores en incapacidad temporal, son sujetos de protección constitucional, por tanto, el Estado debe garantizarle los derechos a la vida, a la seguridad social y al mínimo vital, la dignidad humana y a la igualdad entre otros (T-485 de 2010; T-920 de 2009; T-789 de 2005).

Como se ha mencionado anteriormente del derecho a la salud trae implícita la prestación de servicios, como parte de la seguridad social, que incluye entre otros la rehabilitación, en este caso, para el trabajo. El retorno al trabajo, como derecho y prestación se constituye a su vez en una etapa de la rehabilitación y parte integral del tratamiento médico, puesto que este además de incluir el aspecto farmacológico, también busca el logro de la recuperación de las capacidades para trabajar, tanto así, que la persona:

> tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, si así lo desea, porque la vida es un acontecer dinámico, para disfrutarla de principio a fin; de manera que el hombre tiene derecho a que se la respeten las fases que le resten para completar su ciclo vital (SU-480 de 1997).

Es tan importante la rehabilitación para el trabajo, que la misma Corte Constitucional reconoce que aquellas personas que llevan más de 540 días de incapacidad, "son aquellas que han intentado reintegrarse a la vida laboral, a pesar de la disminución de su fuerza de trabajo" (T-200 de 2017). En este caso, la adultez, como etapa del ciclo vital, es aquella en la cual la persona asume diversos roles de gran importancia para la familia, la comunidad y la sociedad, desarrollando sus potencialidades en términos de productividad y desarrollo personal.

f. Categoría Trabajador/persona humana/vinculación laboral/actividad laboral/desempeño laboral/ingresos económicos/empleador/vinculación laboral/trabajador incapacitado/tratamiento médico

La Corte Constitucional ha sido enfática en indicar la importancia que tiene el cuidado de la persona enferma puesto que el riesgo de agravar la enfermedad es mayor en caso de continuar laborando, por cuanto pone en riesgo no solo su salud y seguridad, sino también de quienes se encuentran en su entorno laboral, de allí la importancia de continuar recibiendo su remuneración mientras termina su recuperación (C-543 de 2007; C-065 de 2005; SU-039 de 1998; C-079 de 1996). De igual manera la Corte comprende que la persona es un integrante activo de la familia y de la sociedad, por tanto, reconoce la importancia de mantener su ingreso económico como garantía del bienestar y calidad de vida de la familia de quien se ve afectado por una condición de salud (T-485 de 2010; C-065 de 2005; SU-039 de 1998; SU-111 de 1997).

De acuerdo con lo descrito, una de las condiciones del derecho al trabajo digno, respecto de las relaciones laborales, es "no verse forzado a laborar cuando las condiciones físicas no le permitan al trabajador seguir desempeñándose en su labor" (T-485 de 2010; C-065 de 2005). Pero también ha dicho la Corte Constitucional, en su interpretación de la legislación que el origen de los riesgos asegurados puede tener su causa en el trabajo o no y de ello también depende la categorización de la incapacidad y las entidades responsables de su reconocimiento y pago (C-543 de 2007). En este sentido, reconoce el alto tribunal, esta prestación solo le corresponde a quienes tienen la calidad de trabajador u cualquier homólogo

a esta figura siempre y cuando se encuentre reglamentada en el ordenamiento nacional (T-311 de 1996).

Se ha enunciado en varias oportunidades, que uno de los efectos de la incapacidad, es la inhabilidad temporal para desempeñar la actividad laboral habitual, pero esta condición implica a su vez el reposo del trabajador y contar con su salario como medio de subsistencia, teniendo una fuerte relación con los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana (T-200 de 2017; T-485 de 2010; T-920 de 2009; C-543 de 2007; T-789 de 2005; C-065 de 2005; C-125 de 2000; SU-480 de 1997; C-079 de 1996). A su vez, su estrecha relación con el derecho fundamental a la salud implica entre otras acciones, el cumplimiento del tratamiento médico y rehabilitación integral parte del sistema de salud, con calidad y de forma oportuna, principios de tal derecho; y la obligación de facilitar el proceso de recuperación y rehabilitación por parte del empleador (T-200 de 2017; T-485 de 2010; C-065 de 2005; C-543 de 2007; C-125 de 2000; SU-111 de 1997; SU-480 de 1997; C-079 de 1996). Sin embargo, es claro que existe un límite de tiempo y la incapacidad no puede ser indeterminada, por lo tanto, la normatividad laboral dispuso un término de 180 días (inicialmente), en el entendido que no es posible afectar ilimitadamente la actividad laboral para la cual fue contratado el trabajador (T-485 de 2010; C-543 de 2007; C-079 de 1996).

Nuevamente se expresa la protección especial de los trabajadores incapacitados por parte del Estado y la obligación del empleador de continuar con el vínculo laboral hasta tanto no se cumplan las condiciones establecidas por la reglamentación en la materia (C-065 de 2005; C-543 de 2007; T-311 de 1996; T-401 de 1992), so pena del pago de las indemnizaciones y prestaciones establecidas (C-079 de 1996). Aun así, la debilidad manifiesta se encuentra protegida por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el caso de las incapacidades por enfermedad general, mientras que aquellas de origen laboral las asume el Sistema General de Riesgos Laborales (T-920 de 2009; C-543 de 2007). En este aspecto se plantea una diferencia que recae sobre la misma persona, el trabajador enfermo: por un lado, la protección derivada de la enfermedad general y, por otro lado, la incapacidad derivada de la enfermedad laboral (T-920 de 2009; C-543 de 2007), prestaciones económicas que presentan condiciones distintas ya descritas en apartados anteriores. Claramente, tal

distinción vulnera la dignidad humana, por cuanto este derecho contempla cualquier forma de degradación, siendo una de ellas la reducción de los ingresos por causa de la enfermedad e imposibilidad transitoria de trabajar, puesto que la salud y el trabajo son condiciones propias de la persona.

Es entonces el empleador un sujeto activo en el Sistema de Seguridad Social. Por una parte, es cotizante de forma conjunta con el trabajador, frente al Sistema de Salud y de forma única ante el Sistema de Riesgos Laborales y a su vez tiene obligación de reconocer la incapacidad temporal en los términos previstos para cada uno de los sistemas (T-194 de 2021; T-200 de 2017; T-920 de 2009; C-543 de 2007); además tiene el deber de procurar el cuidado de la salud de sus trabajadores (compartida con el trabajador) mediante el diseño y ejecución del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST); y por último como se dijo, el deber de mantener el vínculo laboral, mientras el trabajador se recupera de su afección.

4.4 Aplicación de la Teoría de la Discriminación Indirecta a la incapacidad temporal

Retomando lo descrito en el capítulo del marco teórico, hacer alusión a la discriminación implica analizar su antónimo, la igualdad. De esta forma, se dijo que la igualdad jurídica no es la obligación del trato igual de todas las personas, ni tampoco permitir toda diferenciación, por ello es una valoración cualitativa de lo que se considera razonable entre lo que puede ser legítimo o ilegítmo con respecto al trato que recibe un grupo de personas a partir de un criterio previamente establecido (Rey, 2005).

Es claro que la discriminación comprende todo tipo de actos, conductas, palabras y modos de expresión que denotan una idea desfavorable, desprecio, menosprecio o poco respeto hacia una persona sin tener en cuenta la intención o no de discriminar, lo cual atenta contra su dignidad al desconocer el individuo como persona; es este sentido la intención de quien realiza tales actos y expresiones no es lo más importante a la hora de indicar si el acto se considera discriminatorio, lo verdaderamente importante son los efectos (Sierra, 2018, p. 15) (Sierra Hernáiz, 2018, pág. 15). Teniendo en cuenta que existen dos clases de discriminación,

la directa como el aspecto negativo del principio de igualdad formal y la discriminación indirecta es manifestación del principio de igualdad sustancial o material, siendo esta última el objeto del análisis. La discriminación indirecta se trata entonces de "conductas formalmente neutras" (Sierra, 2018, p. 17), en donde el origen (general o laboral) de la enfermedad o accidente no es considerado como discriminatorio, pero sí lo es por el impacto desfavorable que tiene en los trabajadores, que como colectivo, históricamente ha luchado por el reconocimiento de sus derechos laborales.

En el caso concreto que aborda el presente estudio, es importante identificar el efecto desfavorable que produce la medida del pago y reconocimiento de la incapacidad temporal por enfermedad general frente a lo que se otorga como auxilio cuando la enfermedad o el accidente es de origen laboral, esto es, cómo afecta a los trabajadores cotizantes al Sistema General de Seguridad Social en Colombia, analizando las situaciones que concurren en estos casos. Esta situación se vincula más con el principio de igualdad sustancial, en la medida que la aparente neutralidad de la norma legal se convierte en un factor de desigualdad (Sierra, 2018) en la realidad de los trabajadores. Es así como este trato diferente se fundamenta en la gestión de la prestación (su eficacia), pero la pregunta a realizar sería ¿cuáles son las razones para distinguir entre el reconocimiento y pago de la incapacidad temporal por enfermedad general y laboral de un trabajador? ¿Este trato diferencial no lleva acaso a establecer un trato discriminatorio por el hecho de tener una enfermedad no laboral?

En el Estado social de derecho, se trata de resolver la contradicción expuesta mediante la igualdad formal y la igualdad real o material (substancial o de oportunidades), como se describió en el capítulo del marco teórico. En este punto es importante indicar lo referido por Rey (2005) frente a la clasificación sospechosa de la normativa, como:

> sólo a aquellos supuestos en los que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en prejuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona. (p. 27).

Este podría ser el caso de la enfermedad que sufre una persona, especialmente ciertos diagnósticos como los trastornos mentales, el VIH y similares que históricamente generan rechazo por la sociedad por no encontrarse dentro de ciertos estándares considerados como normales. En estos casos, coincido con lo descrito por Rey (2005) catalogar la diferencia entre grupos sociales es riesgoso.

Siguiendo el proceso de análisis que realiza Rey Martínez (2005) para indicar el contenido del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, lo aplicaré al derecho fundamental a no ser discriminado por razón del origen de la enfermedad en la incapacidad temporal, usando la siguiente metodología: "a) La prohibición de discriminaciones directas, b) la prohibición de discriminaciones indirectas y c) la licitud y exigencia de medidas de acción positiva para lograr la igualdad de oportunidades" (Rey, 2005, p. 44). La igualdad de trato y a su vez la igualdad de oportunidades hace parte de la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas (Rey, 2005, p. 44).

La Corte Constitucional Colombiana ha analizado el tema de la discriminación directa e indirecta en varias oportunidades, cuando se relacionan con el derecho al trabajo y a la salud. Algunos de estos fallos a manera de ejemplo son la sentencia C-586 de 2016 (M.P. Dr: Alberto Rojas Ríos), en el cual se analiza la discriminación directa por edad de la mujer y el acceso a determinados trabajos; la sentencia T-376 de 2019 (M.P. Dra: Cristina Pardo Schlesinger) en donde se expone el caso de un paciente con VIH quien presentó un trato discriminatorio en el servicio de salud y la sentencia y un sentido similar, con afectación adicional al derecho a la seguridad social se encuentra la sentencia T-031 de 2021 (M.P. Dr.: Alberto Rojas Ríos)[18].

[18] Sentencia C-586 de 26 de octubre de 2016, M.P. Dr: Alberto Rojas Ríos: "*De este modo y en consideración de todo lo anterior, la Corte Constitucional procede a declarar la inexequibilidad de las expresiones demandadas, por establecer una diferencia de trato que constituye una discriminación directa a las mujeres por el sexo, impidiéndoles el acceso al trabajo en condiciones de igualdad con los hombres, por violar el derecho al trabajo establecido en el artículo 25 de la Constitución y el principio constitucional de igualdad de oportunidades para los trabajadores previsto en el artículo 53 de la Carta*".
Sentencia T-376 de 20 de agosto de 2019, M.P. Dra: Cristina Pardo Schlesinger.
Sentencia T-031 de 12 de febrero de 2021, M.P. Dr.: Alberto Rojas Ríos.

A su vez, se encuentra la discriminación indirecta, entendida "cuando la reglamentación o la práctica son aparentemente neutrales, pero en la práctica llevan a la exclusión" (Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2011). Esta discriminación se presenta en la realidad, por la desigual situación fáctica con consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre ciertas personas o grupos (Rey, 2005). Tal discriminación también está prohibida por la Constitución Política de Colombia, 1991.

Es en este escenario en donde podemos ubicar el objeto de la presente investigación. El trato diferencial que trae la normatividad legal frente al reconocimiento y pago de la incapacidad temporal por enfermedad general (66.66% del IBC), frente a la de origen laboral (100% IBC) a la que tienen derecho los trabajadores pertenecientes al régimen contributivo, presenta diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores afiliados y cotizantes al Sistema General de Seguridad Social (Sistema de Salud y Sistema de Riesgos Laborales), lo cual, trae consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable de este tratamiento formal igual o razonablemente desigual sobre los trabajadores a causa de la diferencia del origen de la enfermedad.

Aquí se presentan dos categorías de trabajadores: *con enfermedad laboral* y *con enfermedad general*, la primera otorga mayor valor injustificadamente a una condición que sin importar su causa u origen, mientras que la segunda tiene efectos desfavorables en la situación económica del trabajador al reducir el ingreso (salario) del trabajador en un 33%, a lo que se le suma la prestación de servicios delimitada por el plan de beneficios en salud. ¿Acaso para el trabajador, para la empresa y para la sociedad existe diferencia en el efecto que trae la ausencia al trabajo (desde el punto de vista de la incapacidad temporal) por causa de la enfermedad general frente a la de origen laboral? No existe desde el punto de vista constitucional ni legal, la demostración que justifique dar un mayor valor a una cualidad otorgada a la enfermedad, como es su determinación según el origen, desconociendo otras características de la persona como unidad (integralidad, factores sociales determinantes de la enfermedad, etc) y del trabajo (responsabilidades, exigencias, capacidades) que se ven afectadas por la condición o situación de salud que presenta el trabajador sin importar el su origen.

La misma denominación de *enfermedad general* y *enfermedad laboral* puede ser calificada como discriminatoria, puesto que la valoración de la enfermedad debe considerarse bajo criterios más neutrales, dándole igual valor teniendo en cuenta que estamos hablando de la salud de la persona (salud de la persona como unidad). El parámetro de igualdad no es aquí la igualdad del riesgo, sino la igualdad del valor de la salud y del trabajo, los cuales deben ser evaluados con criterios neutros. Aquí se identifica la discriminación indirecta por cuanto existe una diferencia retributiva originada en la clase de riesgo, pero de igual valor en la salud, sin importar el trabajo. Es importarte recordar que la enfermedad es una construcción social, y su concepción se transforma de acuerdo con la interpretación individual y social de los síntomas (Belén, 2011); es un fenómeno social, un proceso complejo resultante de la relación entre aspectos biológicos, ambientales, culturales, laborales, sociales, políticos, legales y económicos; a su vez es una condición dinámica, variable, multifactorial, multidimensional, individual y colectivo, el estado en el que una persona se puede encontrar en determinado momento de su ciclo vital; y por último un derecho humano entendiendo que el binomio salud-enfermedad es un componente esencial de la persona, un proceso constante por el cual trabajamos individual y colectivamente en la búsqueda de una calidad de vida digna. La salud, el trabajo y la seguridad social como derechos humanos se rigen entre otros principios, por el de la no discriminación, que involucra la necesidad de garantizar tales derechos sin discriminación de ninguna índole como puede ser la condición social y el estado de salud (que debe entenderse como una condición diferente a la discapacidad) (Jerez, 2018).

Aplicando las prácticas utilizadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el análisis de la discriminación indirecta, indican la importancia de la relevancia de la prueba estadística como indicio válido de conductas discriminatorias, recordando que para la comprobación de la discriminación indirecta se analizan el contexto fáctico. Entonces y para la comprensión y aplicación al presente caso, bajo el análisis de diferentes fallos de dicho Tribunal, con respecto a la discriminación indirecta por género ha dicho: “Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones” citado en Sierra (2018); debe existir:

> en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (…) y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo" (p. 21).

En este orden de ideas, en el supuesto del reconocimiento diferencial entre el auxilio de enfermedad general frente al de origen laboral, se debe considerar si existe una vulneración al artículo 13 de la Constitución Política al producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social conformado por trabajadores, que de acuerdo con estudios presentan más incapacidades temporales por enfermedad general que por eventos de origen laboral (accidentes y enfermedades), respecto de un valor fundamental de la persona como es la salud y sin que exista justificación constitucional y legal suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al mencionado derecho.

Mostrando los datos más recientes de análisis estadístico del ausentismo laboral por causa médica, es decir, debido a la enfermedad, lo cual conlleva al reconocimiento de la incapacidad temporal en trabajadores cotizantes al Sistema de Seguridad Social Colombiano, el estudio realizado por la ANDI (2018 y 2019), muestra que el porcentaje de casos totales por incapacidad por enfermedad general fue de 76,1% en 2016, 67% en 2017, 63,5% en 2018 y 68,9% en 2019; mientras que la incapacidad por enfermedad y accidente laboral fue de 4,8% en 2016, 4,8% en 2017, 4,2% en 2018 y 4,7 en 2019 (Arrieta et al., 2019, p. 12; Fernández, et al., 2020, p. 12). A su vez en el mismo periodo, el número de días al año de ausencia al trabajo por incapacidad debida a enfermedad general fue 8,8 días en 2016, 7,8 días en 2017, 5,7 días en 2018 y 4,3 días en 2019; caso contrario, la enfermedad y accidente laboral presentaron 1,0 día en 2016, 1,1 días en 2017, 0,6 días en 2018 y 0,5 días en 2019 (Arrieta et al., 2019, p. 13; Fernández, et al., 2020, p. 14).

Por último, según la duración de la incapacidad por enfermedad general, el estudio en referencia encontró que el 50,7% fueron incapacidades de 1 y 2 días en 2016, 54,3% en 2017,

55,3% en 2018 y 58,6% en 2019. En el rango entre 3 y 180 días, para el 2016 fue el 48,2%, en 2017 fue el 43,8%, en 2018 fue el 43,0% y en 2019 fue de 39,0%. Y, las incapacidades de más de 180 días para 2016 fue el 1,1%, para el 2017 del 1,8% y para el 2018 del 1,7%, para el 2019 del 2,5% (Arrieta et al., 2019, p. 15; Fernández, et al., 2020, p. 16). Lo cual demuestra que la mayor carga del ausentismo y los costos derivados de éste los asume el empleador, en la medida que la mayoría de las incapacidades son otorgadas por la EPS entre 1 y 2 días (Arrieta et al., 2019; Fernández, et al., 2020).

Otro estudio de tipo descriptivo en el cual se analizó el comportamiento de la incapacidad temporal por enfermedad general en Colombia (2016-2018) se demostró que, según la duración, en el 2016 el 42% de las incapacidades fue de 1 y 2 días y el 58% fueron incapacidades de 3 a 90 días. A su vez para el 2017, el 32,8% fueron incapacidades de 1 y 2, el 67.2% de las incapacidades fueron de 3 a 90 días y el 0.002% fueron incapacidades de más de 90 días. Por último, en el 2018, el 45% de las incapacidades fueron de 1 y 2 días y el 55% de las incapacidades fueron de 3 a 90 días (Valero-Pacheco, et al., 2021, p. 40). Este estudio contrario a los resultados de Arrieta Burgos et al. (2019) y Fernández Burgos et al. (2020), demostró que es el Sistema de Salud, régimen contributivo en cabeza de las EPS como entidades aseguradoras, quienes asumen el mayor costo derivado del pago de la incapacidad.

Ahora, si se observa por género, la tasa de incapacidad es menor en el sexo masculino que en el femenino para cada año (1.160 en hombres y 1.485 en mujeres) Valero-Pacheco, et al., 2021, p. 89). Lo que se puede deducir de los resultados expuestos, es que tanto mujeres como hombres se ven afectados por la enfermedad, aunque se presentan más episodios de incapacidad en las mujeres, pero lo que se debe resaltar es que, de forma mayoritaria, la enfermedad general tiene una mayor participación en el porcentaje de las incapacidades, frente a los hallazgos de la incapacidad por enfermedad o accidente laboral.

De esto se deduce que la población trabajadora colombiana se ve afectada más por enfermedades no laborales, lo cual deriva en una desventaja salarial en el momento de ser expedida la incapacidad. Pero, si se trata de revisar los efectos financieros en el Sistema de Salud o desde el empleador, el estudio de Valero-Pacheco et al. (2021), mostró que la tasa de

incapacidad es mayor en personas con ingresos menores a 2 SMLMV (p. 90), lo cual tiene mayor impacto en el Sistema, por cuanto, desde el 2007, a partir de la Sentencia C-543 de 2007, las incapacidades no pueden vulnerar el derecho al mínimo vital, por ello, no es posible reconocer menos del SMLMV. Por todo lo anterior no existe una justificación objetiva y razonable de porqué se eligió la incapacidad por a la enfermedad y accidente laboral para otorgarle tal ventaja y no a las incapacidades derivadas de la enfermedad general.

Igualmente, la Constitución Política de Colombia establece una especial protección para aquellas personas que se encuentren en debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental (Constitución Política de Colombia [Const]. 20 de julio de 1991, República de Colombia, Colombia). Aunque el Alto Tribunal Constitucional ha analizado en diversos fallos la vulneración a la calidad de vida digna, al salario digno y al mínimo vital en casos relacionados con el no pago de la incapacidad por considerarla un sustituto del salario, se debe entender que en caso de enfermedad (general) no solo se afecta su condición física o mental, también se tiene un efecto negativo en la condición económica, por cuanto el trabajador no va a recibir lo que equivale a la totalidad de su SBC, viéndose abocado a realizar ajustes en su presupuesto personal y familiar.

A lo expuesto se suma, que el trabajador enfermo e incapacitado por enfermedad y su familia, asumen unos gastos asociados al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, como lo son el transporte, los tiempos de desplazamiento, de espera (oportunidad en la prestación del servicio) y de consulta; modificaciones a su lugar de vivienda y entorno, artículos para el cuidado y rehabilitación y el pago de cuidadores o en su defecto la destinación de un familiar como cuidador; entre otros, no cubiertos por el aseguramiento en salud lo que se denomina costos directos no sanitarios; pero también deben ser considerados los costos intangibles derivados de la afectación de su estado de salud, así como para la familia como lo es la reducción de los ingresos y la pérdida de productividad del familiar dedicado al cuidado de la persona enferma (Ripari et al., 2017).

En la comprensión del logro del bienestar y el nivel de calidad de vida esperado, el Estado debe promover la equidad en la financiación de los servicios de salud, ya que está demostrado

que en determinados casos el acceso a los servicios de salud está sujeto a la condición socioeconómica de la persona. El gasto en salud en el que se incluye "el gasto de bolsillo o pagos directos que se realizan para acceder a los servicios de salud, excluyendo el realizado por concepto de cotización obligatoria" (Alvis-Zakzuk et al., 2018, p. 592), impacta en las familias. Según un estudio realizado en la ciudad de Cartagena (Colombia), el gasto de bolsillo afecta más a los hogares de estratos socioeconómicos bajos, así como a las personas de más bajo nivel educativo (Alvis-Zakzuk et al., 2018).

En el mismo sentido, el análisis realizado por el Ministerio de Salud de Colombia, frente al gasto de bolsillo por la compra medicamentos indicó que existe una asociación entre el nivel socioeconómico y educación bajo como barrera de acceso a la compra de medicamentos, por ser considerados *bienes de lujo*; pero por otra parte si quien es el jefe de hogar tiene una condición de discapacidad, el hogar enfrenta mayores cargas de gasto de bolsillo (Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud. Ministerio de Salud y Protección Social, 2022).

Para terminar de ilustrar el tema, un estudio realizado en pacientes con Cáncer (enfermedad considerada como de alto costo), citó como definición de los gastos de bolsillo de los pacientes del Sistema de Salud:

> la proporción del gasto que las familias destinan a través de costos directos, a solventar los distintos requerimientos de la atención de la salud, en el cual se afecta la economía de las personas, llevándolas a adaptarse a un nuevo enfoque financiero donde debe priorizar el dinero para su enfermedad, la cual puede ser a corto o largo plazo (Castaño et al., 2021, p. 23).

En este contexto, mencionaron que las principales consecuencias de la enfermedad recaen sobre la persona y su familia, debido a la disminución del ingreso, lo cual puede llegar a afectar considerablemente, el patrimonio familiar; por supuesto esto asociado a la duración y gravedad de la enfermedad y la posibilidad de ver afectada su capacidad para trabajar y por ende su vinculación laboral; a lo anterior se suman otros gastos y aunque el gasto de bolsillo en Colombia es de los más bajos en la región, aún se observan inequidades en el acceso a la salud, y añadiría que también en las prestaciones económicas, puesto que la atención integral debe permanecer hasta que la persona lo requiera (Castaño et al., 2021, p. 26).

Para concluir, la reducción del ingreso (subsidio de incapacidad temporal/salario) del trabajador por enfermedad general tiene un efecto negativo y peyorativo en sus condiciones distributivas, en la medida que trae efectos perjudiciales con la reducción del salario frente al que reciben al realizar su labor en condiciones normales de salud. Se presenta entonces una discriminación indirecta por razón del origen (general o laboral) de la enfermedad en el reconocimiento y pago de la prestación *incapacidad temporal*, reconocido al 100% del SBC en eventos originados por el trabajo, frente al 66.6% del SBC que se reconoce por enfermedad general y que se reduce al 50% pasados los 90 días de incapacidad.

Lo expuesto anteriormente comprueba que la población trabajadora se ve más afectada por enfermedades no laborales que trae como consecuencia gastos de salud no contemplados en condiciones diferentes a la enfermedad y por último los efectos negativos relativos a la reducción del salario en las condiciones descritas, a lo cual se suma el trato diferencial que reciben los trabajadores enfermos, en estado de debilidad manifiesta por su reducción temporal de la capacidad para trabajador, quienes constantemente ven vulnerados sus derechos a la dignidad humana, al mínimo vital, a la salud y al trabajo, como se observó durante la presentación de los casos analizados por parte de la Corte Constitucional.

V. CONCLUSIONES

Partiendo de las reflexiones iniciales respecto de la unidad de la persona humana se comprende que la persona humana es una "*unidad*" y su fragmentación (incluyendo la falta de reconocimiento de su naturaleza social) genera su desintegración. De ahí la importancia de considerar desde una visión holística a la persona como ser integral, teniendo en cuenta el contexto social, cultural, económico y político del cual hace parte la persona como integrante de un colectivo. Por esta razón, la salud y la enfermedad son parte integral de la persona humana, como parte del curso natural de la vida, aspectos que se encuentran determinados por factores socioeconómicos, políticos y gubernamentales.

A partir del anterior enfoque y con el objeto indicar *los elementos teóricos que justifican el reconocimiento igualitario de la incapacidad temporal por enfermedad común y laboral en el Sistema de Seguridad Social Colombiano desde la perspectiva de los derechos humanos;* es posible indicar que el modelo de seguridad social colombiano con su estructura segmentada que a su vez reconoce la asistencia de forma diferente según la causa u origen del riesgo, altera la unidad de la persona. Temas como la comorbilidad y multimorbilidad conllevan a la transformación en la comprensión de la relación salud-enfermedad entendiendo que a la persona se le debe observar desde su integridad. Este binomio, salud-enfermedad es un componente esencial de la persona, un proceso constante por el cual trabajamos individual y colectivamente y así contribuir a una calidad de vida digna.

Bajo la anterior perspectiva, toma sentido los postulados del modelo ecológico en el que "la salud es un fenómeno psico-biológico y social dinámico, relativo y muy variable en la especie humana" (Goberna, 2004, p. 48). Lo importante no es la causa de la enfermedad, tema que ha ocupado gran parte de la historia de la medicina y el estudio de la relación salud-enfermedad; en la actualidad toma relevancia la búsqueda del equilibrio entre las condiciones materiales (condiciones de la vida, laborales), los factores conductuales y biológicos y, los factores psicosociales como condiciones determinantes de la oportunidad de tener una buena salud buscando reducir la desigualdad derivada de la posición y clase social, del género, etnia, nivel de educación, la ocupación y de los ingresos de la persona, sumado al contexto político

y de gobernanza del cual se deriva en mayor o menor medida el desarrollo del estado de bienestar, que al final se representa en los resultados de salud (mejores indicadores), así como mejor desigualdad, como lo refiere en su modelo la Organización Mundial de la Salud (OMS) (Solar, 2010), incorporando al modelo ecológico los postulados de la sociología de la salud.

Luego, en el análisis desde la perspectiva de los derechos humanos, el reconocimiento de la igualdad como un derecho en Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (UDHR, por sus siglas en inglés) se irradia a otros derechos humanos como la seguridad social, el trabajo y la salud. Esto lleva a concluir que el derecho a la seguridad social es un derecho humano, no solo porque la Declaración lo reconoce como tal, sino que además es considerado un requisito indispensable para el logro de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. El avance más importante es la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), en la cual se indica que no existe una jerarquía entre derechos y por ello, no hay rangos por importancia (Villán, 2009). En este caso, es tan importante el derecho a la salud, como al de la seguridad social y al trabajo, puesto que cada cual es autónomo, tiene características y alcances diferentes y además existe interdependencia entre ellos. Este sería el paso para dar un trato igual a los DESC, frente a los derechos sociales y políticos. Luego, hay que aseverar que existe interdependencia entre los derechos humanos, de tal forma que, si se ve afectado el derecho a la salud, tiene efectos en el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social. Por último, las limitaciones derivadas de la aplicación del principio de progresividad a los derechos económicos, sociales y culturales conllevan a situaciones de desigualdad e inequidad vulnerando así la dignidad humana.

En Colombia, el derecho a la seguridad social cumple con los requisitos para su fundamentalidad, por cuanto: a) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, b) se concreta en un derecho subjetivo y c) cuentan con acuerdos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad (Sentencia T-428 de 2012 (Sentencia T-428/12). 8 de junio de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia). En este sentido, tendría que ser convertido en un derecho fundamental autónomo mediante la transmutación, aplicando la *autonomía* en situaciones de vulneración del derecho a la salud y al derecho al trabajo en

población vulnerable o con discapacidad o en condiciones económicas o de debilidad manifiesta en donde opera una especial protección, o afectación al mínimo vital y siendo objeto de *la exigibilidad judicial como derecho prestacional subjetivo*, que implica obligaciones del Estado y por ello procede la tutela sin que exista vulneración o violación a otro derecho diferente al derecho a la seguridad social.

Bajo la anterior condición y entendiendo que la incapacidad temporal es un derecho de los trabajadores que emana de una condición de salud que impide por un periodo desempeñar las labores para las cuales fue contratado y que esta prestación hace parte de un conjunto de beneficios que otorga el Derecho a la Seguridad Social, el Derecho al Trabajo y el Derecho a la Salud, no le es dado al Estado y a las entidades e instituciones que conforman el conjunto de actores del Sistema de Seguridad Social responsables de esta prestación, indicar en algún momento que por razones financieras no sea posible superar los obstáculos económicos, puesto que es una razón insuficiente para otorgar de forma igualitaria la incapacidad temporal a los trabajadores cotizantes sin importar el origen del evento de salud (laboral o común), entre otras razones por interdependencia de los derechos y su relación directa con la dignidad humana. De hecho, no solo existe un trato discriminatorio en los trabajadores afiliados al régimen contributivo (Sistema de Salud y Sistema de Riesgos Laborales) determinado por el origen del evento (enfermedad o accidente), también se podría endilgar la misma cualidad de trato en la población trabajadora informal, quienes tienen una importante participación en el grupo poblacional en edad de trabajar y no tienen derecho a la prestación de incapacidad temporal.

Siguiendo con la ruta del trabajo, las principales conclusiones frente a la evolución jurídica de la incapacidad temporal en Colombia, debe entenderse que esta figura se comprende desde 2 perspectivas: 1) la médico-asistencial, consecuencia de la enfermedad o lesión (curación y no prevención) y como 2) una compensación económica derivada del daño o perjuicio causado por el empleador a su trabajador al presentar un accidente de trabajo. Esto concuerda con el propósito del seguro, que básicamente es el resarcimiento por el daño. El principal referente normativo en Colombia en materia laboral, el CST determina que la incapacidad temporal tiene un doble componente: asistencial y como prestación económica. Sin embargo,

es en este momento, en donde se marca la diferencia del reconocimiento pecuniario que tiene tal prestación, determinado por la causa u origen de la enfermedad o accidente.

En este escenario, existen algunos aspectos jurídicos a considerar en su reglamentación frente a la incapacidad temporal como una de las posibles soluciones, como lo es la inclusión del concepto de enfermedad agravada por el trabajo, como una forma de reconocer las comorbilidades en ciertas situaciones.

Recordando que aún se trata de un modelo de aseguramiento, el riesgo tiene una connotación social, es decir, que la persona por ser parte de un colectivo (comunidad, sociedad), tiene condiciones de su entorno potencialmente generadoras de daño; entonces, el origen del daño tiene una causa social y en este contexto las razones del origen del daño son las desigualdades sociales y económicas (y sus causas) (Hernández, et al., 2017). Con el propósito de dar un matiz social del riesgo, se crea el Sistema de Protección Social mediante la Ley 789 de 2002, a lo que se le suma la fusión de ese entonces del Ministerio de Salud y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, conformando el Ministerio de la Protección Social (Ministerio de la Protección Social, 2006).

También se observa la falta de unificación conceptual jurídica con respecto a la incapacidad temporal o presentan ciertas ramas del concepto según la materia (penal, civil, salud, laboral). Respondiendo a la pregunta de si la incapacidad temporal como derecho es un auxilio, un subsidio y/o una prestación es importante la diferencia entre auxilio y subsidio podría ser mejor dar el tratamiento de *amparo*, es esta forma, es posible hablar de protección cuando la persona lo necesita por una condición que está afectando su salud; y de ésta se deriva la prestación económica (subsidio) a manera de un ingreso y el pago de los servicios de salud por parte de un órgano de la seguridad social.

De acuerdo con lo explicado, se propone la siguiente descripción del concepto de incapacidad temporal, en el marco de la seguridad social y desde el enfoque de los derechos humanos. Lo primero hay que señalar que la seguridad social es un derecho humano, por lo tanto, es universal, indivisible e interdependiente; por ello la incapacidad temporal es un beneficio en

forma de *ingreso económico* al que tiene derecho todo trabajador por estar enfermo o en una situación en la que se afecte su salud. Este ingreso, representa el salario del trabajador. Este derecho es inherente a la persona que goza de una cualidad, ser trabajador ante la pérdida temporal de la capacidad para trabajar. Por último, no solo tiene una dimensión económica, sino de índole personal, familiar y social.

Como resultado de la aplicación del método de Derecho Comparado, se encontró que hablar de protección social en la actualidad, implica ir más allá de las fronteras de la seguridad social. De esta forma se hace necesaria la protección universal, solo por el hecho de ser personas y no solo por su condición *formal de trabajo*. La protección universal tiene un carácter incluyente y dinámico, por cuanto debe ajustarse a las dinámicas sociales, laborales, económicas tecnológicas, etc, que llevan cada vez más a la creación de nuevas formas de trabajo, y que además se alejan cada vez más de la figura tradicional del contrato laboral.

Ahora, en el mismo contexto, en un primer momento la incapacidad temporal implica que el trabajador debe estar ante factores o circunstancias que lo afectan en su salud en un determinado momento sin importar el origen y de forma temporal. Esta afectación traer como consecuencia un daño en la salud de la persona y por ello existe la necesidad de la atención por parte del sistema de salud. Después, se está ante la facultad del profesional en medicina para valorar la condición de salud, sus efectos, tratamiento y diagnóstico; seguido de la emisión de la certificación de incapacidad temporal (acto médico-administrativo), lo cual finaliza con el acto médico-legal debido a los efectos en el reconocimiento de los derechos.

Un aporte del Sistema de Seguridad Social Español, en el derecho comparado es que, sin importar el origen del evento, el pago de la incapacidad lo realiza la entidad seleccionada por el empleador, ya sea el Instituto Nacional de Seguridad Social o la Mutua. Adicionalmente, existen los periodos de observación por enfermedad profesional, en los que el trabajador tiene derecho a recibir la prestación tanto asistencial como económica.

Como una forma de seguimiento y gestión en la prestación de los servicios de salud, en España, durante la incapacitad temporal, se deben realizar inspecciones médicas para valorar el grado de recuperación de la capacidad de trabajo de la persona incapacitada.

Ahora, el Sistema de Seguridad Social Chileno contempla dos tipos de incapacidad temporal, uno el reposo total y otro parcial. Los efectos positivos de esta medida están en la posibilidad de dar un trato digno a la persona enferma, perimiéndole según el caso dedicarse por completo a su recuperación o continuar trabajando de forma parcial, manteniendo su ingreso. Para las empresas representa mantener la productividad y menores gastos relativos al ausentismo laboral.

Costa Rica por su parte a diferencia de los demás países analizados, incluye en su categoría de riesgos "la agravación o reagravación como consecuencia directa, inmediata e indudable de las enfermedades y accidentes laborales" (Ley 6727 sobre Riesgos del Trabajo [Ley]. Reforma al Código de Trabajo. 9 de marzo de 1982, Asamblea Legislativa, Costa Rica, pág. Artic. 1. Reforma artic 195). Lo anterior se anticipa a los procesos en los cuales confluyen diversas morbilidades haciendo más compleja la atención en salud y por ende los procesos de recuperación y reincorporación al trabajo y que en muchos casos conlleva a procesos precoces de discapacidad.

Es interesante como Costa Rica en la norma reglamentaria de incapacidades indica aquellos principios que orientan el otorgamiento de tal prestación, que involucran aspectos éticos, científicos, legales y propios de la práctica médica. En todo caso, es el único sistema normativo de los analizados, que tiene de forma explícita indicados los periodos de incapacidad según especialidad médica y diagnóstico, precisando periodos de tratamiento y recuperación.

Finalizado el proceso comparativo se concluyó que en este caso particular no sería viable ni eficaz incluir alguno de estos elementos jurídicos extranjeros en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que en general las normas de otros países tienen un tratamiento similar frente a la materia de la incapacidad temporal, dando un trato distintivo entre los eventos de origen común y laboral, y en aquellos casos que no lo hacen, que también se observa en general, el reconocimiento en dinero que se realiza de la prestación a manera de subsidio es

un porcentaje del salario base de cotización (en enfermedad general), frente al reconocimiento total de este salario cuando se trata de eventos de origen laboral.

En el análisis de los fallos de la Corte Constitucional relativos al tema de investigación, se evidenció una evolución en las reglas del tratamiento de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo, al mínimo vital y a la dignidad humana. En este contexto, el principio de conexidad ocupa un lugar importante para la garantía del derecho a la incapacidad temporal siempre y cuando se vincule de forma directa con algunos de los derechos fundamentales vulnerados o en situación de amenaza. En todo caso, vale la pena indicar que se debe prestar atención a la fundamentalidad del Derecho a la Seguridad Social como parte de su desarrollo a través del principio de progresividad. La razón se fundamenta principalmente en la interdependencia que tiene con derechos fundamentales y su coexistencia. De esta forma tanto el análisis de la jurisprudencia como el cualitativo permitió observar los siguientes vínculos:

Derecho a la Vida: derechos inherentes a la persona relativos a dignidad humana como son la familia, la salud, el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales, así como el derecho al seguro de enfermedad entre otros, los cuales deben garantizarse en situaciones en los cuales se vean afectados los medios de subsistencia.
Derecho a la salud: equidad en el acceso y prestación de servicios; igualdad de oportunidades en el acceso a medicamentos y a tratamientos con calidad y oportunidad; oportunidad de reposo, recuperación y retorno al trabajo; reconocimiento y pago de la incapacidad temporal para evitar situación precaria (desventaja); evitar situación de discriminación; protección en salud en personas en estado de debilidad manifiesta. Al final, se deduce que el derecho a la salud incluye per se el derecho a estar enfermo y a la recuperación, como parte del proceso salud-enfermedad, del ciclo vital del ser humano y su afectación por determinantes de tipo social, económico, cultural, político y legal, entre otros; situación en la cual la incapacidad temporal se constituye en una garantía para el goce pleno de la salud y del trabajo.

Derecho al Mínimo vital: subsistencia digna como garantía de los elementos materiales para subsistir; protección de las condiciones económicas ante eventos relacionados con salud; evitar situaciones precarias (desventaja social) de trabajadores enfermos; protección ante

situaciones de discriminación debido a la enfermedad o discapacidad. Se vulnera el derecho al mínimo vital cuando el trabajador se ve obligado a dejar su trabajo para cuidar su salud; o existe vulneración al derecho a la salud si el trabajador debe volver a trabajar por no poder cumplir con su tratamiento.

Derecho a la Seguridad Social: protección social individual y colectiva como garantía de la salud, el trabajo, el mínimo vital y la dignidad humana. Por excelencia, la seguridad social es garante del mínimo vital en situaciones de enfermedad y discapacidad, así como de la atención en salud para la recuperación y reincorporación al trabajo, buscando así evitar situaciones de discriminación e igualdad de oportunidades. La Corte reconoce el carácter fundamental y prestacional del derecho a la seguridad social.
Derecho al trabajo: garante de la igualdad de trato; reconocimiento del pago de la incapacidad temporal en un trato igualitario al salario; protección del trabajador en debilidad manifiesta; protección del empleo y a la digna subsistencia; e igualdad de oportunidades. El trabajador que por obligación debe continuar laborando aún con el riesgo de agravar su estado de salud, atenta contra el trabajo digno y de forma simultánea con la dignidad humana y el derecho a la vida.

A su vez, en las sentencias del Alto Tribunal Constitucional es posible identificar los elementos constitutivos de la noción jurídica de incapacidad temporal en Colombia a partir del análisis de los fallos de la Corte. Se trata de la sustitución del salario mientras que el trabajador se recupera de su enfermedad, evitando así la carencia económica derivada de la imposibilidad (temporal) para trabajar. Es una garantía para la salud del trabajador, particularmente para su recuperación y posterior reincorporación al trabajo en condiciones dignas. Es un derecho mínimo de todo trabajador, particularmente relativo a la remuneración mínima, vital y móvil, consagrada en el artículo 53 de la Constitución como fundamento de la sostenibilidad económica del trabajador y su familia. Involucra la protección ante situaciones en la cuales la persona se encuentra en debilidad manifiesta por causa de una condición que afecta su salud.

Como lo ratifica el análisis cualitativo de los fallos de la Corte Constitucional existe interdependencia entre los derechos humanos a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la vida y a la seguridad social con el tema principal de investigación, la incapacidad temporal como prestación económica que por su parte es el punto de conexión. Por otro lado, permite observar los diferentes aspectos vinculados a la incapacidad que han sido analizados de forma concurrente por parte del alto tribunal, como lo es el origen de la incapacidad (origen de la enfermedad), la duración y su reconocimiento (mecanismo y valor), mostrando correspondencia con lo hallado en la figura de los derechos humanos. Al mismo tiempo deja ver como no existe una denominación unificada para la incapacidad, recibiendo varios nombres como incapacidad médica, incapacidad laboral e incapacidad temporal, términos que han sido tratados como sinónimos por la Corte Constitucional. De esta forma se identifica una tendencia temporal en el análisis de la incapacidad temporal, dejando ver la inclinación a ser analizada desde la óptica de los derechos humanos.

Con respecto a la posibilidad de un trato discriminatorio en el reconocimiento de la incapacidad temporal por enfermedad general frente a los eventos de origen laboral, la Corte ha manifestado que no hay tal discriminación. Sin embargo, el presente estudio concluye que, si existe tal trato diferencial dado a trabajadores incapacitados por enfermedad general frente a los eventos laborales, limitando principios mínimos fundamentales como la remuneración mínima y vital, asociados al derecho a la igualdad de oportunidades, a la vida, al trabajo y a la salud.

Nuevamente se encuentra una conexión estrecha con los derechos laborales puesto que su relación con el derecho fundamental a la subsistencia digna, pretende proteger al trabajador de sufragar aquellos costos derivados del cuidado de su salud, generando perjuicios irremediables. Es por ello que tanto el salario, como la prestación económica derivada de la enfermedad tienen un origen constitucional y aunque su naturaleza es diferente, recaen sobre el mismo sujeto, la persona, quien en su ciclo vital de adultez asume diversos roles entre otros el de trabajador; por lo tanto la naturaleza de la persona es una y no es posible su divisibilidad, puesto que para la persona los efectos de la enfermedad (emocionales, psicológicos, sociales, económicos) son los mismos, sin importar el origen de la enfermedad.

En este punto es necesario enfatizar que el origen general o laboral de la enfermedad no afecta el tratamiento y rehabilitación requerido y de igual manera, el efecto de la inactividad laboral derivado de la pérdida temporal de la capacidad para trabajar implica que sin importar el origen el trabajador no puede realizar su actividad laboral y en ambos casos es el empleador, en virtud del vínculo laboral el obligado a reconocer la prestación por incapacidad, tema que le ha sido trasladado a una entidad aseguradora (EPS o ARL) en virtud del aseguramiento del riesgo.

Por último, la conclusión al aplicar la Teoría de la Discriminación Indirecta es que El trato diferencial que trae la normatividad legal frente al reconocimiento y pago de la incapacidad temporal por enfermedad general (66.66% del IBC), frente a la de origen laboral (100% IBC) a la que tienen derecho los trabajadores pertenecientes al régimen contributivo, presenta diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores afiliados y cotizantes al Sistema General de Seguridad Social (Sistema de Salud y Sistema de Riesgos Laborales), lo cual, trae consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable de este tratamiento formal igual o razonablemente desigual sobre los trabajadores a causa de la diferencia del origen de la enfermedad.

Aquí se presentan dos categorías de trabajadores: *con enfermedad laboral* y *con enfermedad general*, la primera otorga mayor valor injustificadamente a una condición que sin importar su causa u origen, mientras que la segunda tiene efectos desfavorables en la situación económica del trabajador al reducir el ingreso (salario) del trabajador en un 33%, a lo que se le suma la prestación de servicios delimitada por el plan de beneficios en salud. No existe desde el punto de vista constitucional ni legal, la demostración que justifique dar un mayor valor a una cualidad otorgada a la enfermedad, como es su determinación según el origen, desconociendo otras características de la persona como unidad (integralidad, factores sociales determinantes de la enfermedad, etc) y del trabajo (responsabilidades, exigencias, capacidades) que se ven afectadas por la condición o situación de salud que presenta el trabajador sin importar el su origen.

El parámetro de igualdad no es aquí la igualdad del riesgo, sino la igualdad del valor de la salud y del trabajo, los cuales deben ser evaluados con criterios neutros. Aquí se identifica la discriminación indirecta por cuanto existe una diferencia retributiva originada en la clase de riesgo, pero de igual valor en la salud, sin importar el trabajo. Es importarte recordar que la enfermedad es una construcción social, y su concepción se transforma de acuerdo con la interpretación individual y social de los síntomas (Belén, 2011). La salud, el trabajo y la seguridad social como derechos humanos se rigen entre otros principios, por el de la no discriminación, que involucra la necesidad de garantizar tales derechos sin discriminación de ninguna índole como puede ser la condición social y el estado de salud (que debe entenderse como una condición diferente a la discapacidad) (Jerez, 2018).

Para concluir, la reducción del ingreso (subsidio de incapacidad temporal/salario) del trabajador por enfermedad general tiene un efecto negativo y peyorativo en sus condiciones distributivas, en la medida que trae efectos perjudiciales con la reducción del salario frente al que reciben al realizar su labor en condiciones normales de salud. Se presenta entonces una discriminación indirecta por razón del origen (general o laboral) de la enfermedad en el reconocimiento y pago de la prestación *incapacidad temporal*, reconocido al 100% del SBC en eventos originados por el trabajo, frente al 66.6% del SBC que se reconoce por enfermedad general y que se reduce al 50% pasados los 90 días de incapacidad.

Referencias

62ª Asamblea Mundial de la Salud. (2009). Reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud. (págs. 1-5). WHA62.14. En: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/A62/A62_R14-sp.pdf?ua=1.

Alcántara Moreno, G. (2008). La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad. *Sapiens: Revista Universitaria de Investigación, 9*(1), 93-107. Recuperado el 03 de Junio de 2019, de https://dialnet-unirioja-es.ezproxy.utadeo.edu.co/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=%22salud%22%20AND%20%22definicion%22&filtros.DOCUMENTAL_FACET_ENTIDAD=artrev.

Alfaro Molina, T. (2006). *Consulta sobre la legislación sobre las incapacidades por enfermedades en Costa Rica (DAJ-AE-829-06).* 7 de diciembre de 2006: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Dirección de Asuntos Jurídicos. Departamento de Asesoría Externa. Obtenido de https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-829-06%20Pago%20de%20los%203%20primeros%20dias-embajada%20de%20Taiwan.pdf

Alvis-Zakzuk, J., Marrugo-Arnedo, C., Alvis-Zakzuk, N., Gómez de la Rosa, F., Florez-Tanus, Á., Moreno-Ruiz, D., & Alvis-Guzmán, N. (2018). Gasto de bolsillo y gasto catastrófico en salud en los hogares de Cartagena, Colombia. *Revista de Salud Pública, 20*(5), 591-598. doi:https://doi.org/10.15446/rsap.v20n5.61403

Arango, R. (2001). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. *Revista de Derecho Público, 31*(12), 185-212. Obtenido de https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=202%3Ala-justiciabilidad-de-los-derechos-sociales-fundamentales#:~:text=En%20este%20art%C3%ADculo%20Rodolfo%20Arango,evolucionado%20de%20los%20derechos%20subjetivos.

Arango, R. (2011). Justiciabilidad de los Derechos Fundamentales en Colombia. Aporte a la Construcción de un Ius Constitutionale Commune en Latinoamérica. En A.

Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, & H. Fix Fierro, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales* (págs. 17-34). México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado el 07 de abril de 2022, de http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/32298

Arrieta Burgos, E., Fernández Londoño , C., Sepúlveda Zea, C., & Vieco Giraldo, J. (2019). *Tercer informe de seguimiento sobre Ausentismo Laboral e Incapacidades Médicas.* (B. Mac Master, & A. Echavarría Saldarriaga, Edits.) Medellín: ANDI-CESLA. Recuperado el 01 de junio de 2022, de http://www.andi.com.co/Home/Noticia/15604-andi-presento-resultados-de-la-encuesta

Ayala García, S. (2018). Marco jurídico-conceptual del sistema público de los Servicios Sociales. *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*(24), 225-234 Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=322158667013.

Balarezo-López, G. (2018). Sociología médica: origen y campo de acción. *Revista de Salud Pública, 20*(2), 265-270. doi:http://dx.doi.org/10.15446/rsap.v20n2.46430

Banco Interamericano de Desarrollo - BID. (2014). *Mejor gasto para mejores vidas. Cómo América Latina y el Caribe puede hacer más con menos. Capítulo 8.* (A. Izquierdo, C. Pessino, & G. Vuletin, Edits.) BID.

BBVA. (2020). *Mi jubilación*. Recuperado el 9 de agosto de 2020, de Diferencias entre base reguladora y base de cotización: https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/diferencias-entre-base-reguladora-y-base-de-cotizacion.html

Belén Madrid, L. (2011). Realizando "diagnósticos diferenciales" de los modelos teóricos del proceso salud-enfermedad. *Kairos: Revista de temas sociales*(28), 13. Recuperado el 03 de Junio de 2019, de https://dialnet-unirioja-es.ezproxy.utadeo.edu.co/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=%22salud%22%20AND%20%22definicion%22&filtros.DOCUMENTAL_FACET_ENTIDAD=artrev&inicio=181.

Beltrán Torres, J., Valero-Pacheco, I., Hernández Rodiño, M., Penagos Simbaqueba, L., & Perdomo Riveros, A. (2021). La incapacidad temporal como beneficio de la seguridad

social: una revisión de literatura. *Revista Ocupación Humana, 21*(1), 42–57. doi:https://doi.org/10.25214/25907816.1032

Buriticá Zuluaga, D. A. (2014). El concepto de persona humana en la tradición cristiana y su progresión hasta el personalismo. *Cuestiones Teológicas, 41*(96), 467-493. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0120-131X2014000200010&lng=en&nrm=is.&tlng=es

Calvachi Arciniegas, A. (2020). *Trámite de Incapacidades Origen Laborar y origen común (Concepto - Respuesta Radicado N° 02EE2020410600000004634 de 2020).* MInisterio de Trabajo. Bogotá D.C.: Coordinadora Grupo de Atención a Consultas en Materia Laboral - Oficina de Asesoría Jurídica- MInisterio de Trabajo. Obtenido de https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/61015504/02EE2020410600000004634+Incapacidad+Origen+Com%C3%BAn+y+Origen+Laboral.pdf/add75a58-2e2a-f058-3507-104624b82e60?t=1586205997592

Cañón Ortegón, L. (2021). *La Seguridad Social y la protección social en la Constitución colombiana* (Cuarta edición ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 09 de abril de 2022

Castaño López, L. D., Montoya Agudelo, M. A., & Montoya Bolívar, N. (2021). *Gasto de bolsillo de las familias y pacientes con cáncer, afiliados al régimen subsidiado y atendidos en el hospital Pablo Tobón Uribe durante el año 2020.* Trabajo de grado optar al título de profesional en Administración en Salud con énfasis en Gestión de Servicios de Salud, Universidad de Antioquia, Facultad Nacional de Salud Pública, Medellín, Antioquia. Recuperado el 04 de junio de 2022, de https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/20681/4/Casta%C3%B1oLuis_MontoyaMaira_MontoyaNatalia_2021_GastodeBolsillo.pdf

CNDH. México. (s/f). *Derechos Humanos*. Recuperado el 21 de marzo de 2022, de ¿Qué son los derechos humanos?: https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos

Código de Trabajo. Ley 2 [Ley]. 29 de agosto de 1943 (29 de agosto de 1943 de Asamblea Legislativa, Costa Rica). Obtenido de

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=8045

Código Sustantivo del Trabajo [Código] 05 de agosto de 1950 (05 de agosto de Colombia). Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html#1

Conferencia Mundial de Derechos Humanos. (25 de Junio de 1993). *Declaración y Programa de Acción de Viena.* Recuperado el 14 de Julio de 2019, de Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

Constitución de Chile [Const]. 21 de Octubre de 1980 (Chile.). Obtenido de Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302&idVersion=2020-08-20

Constitución de España [Const]. 27 de diciembre de 1978 (España).

Constitución Política de Colombia [Const]. 20 de julio de 1991 (20 de julio de 1991 de República de Colombia, Colombia).

Constitución Política de la República de Costa Rica [Const]. 08 de noviembre de 1949 (08 de noviembre de Costa Rica).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const]. 5 de febrero de 1917 (5 de febrero de 1997 de Congreso Constituyente, México). Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

Cordero Quinzacara, E. (2009). LOS PRINCIPIOS Y REGLAS QUE ESTRUCTURAN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO. *Ius et Praxis, 15*(2), 11-49. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000200002.

Cotonieto-Martínez, E. (2020). Evolución de la Seguridad Social en México y su relación con el contexto socioeconómico nacional (1900-2020). *JONNPR, 5*(7), 740-762. doi:10.19230/jonnpr.3511

Creswell, J. W. (2012). *Qualitative Inquiry and Research Design: Chosing among between five traditions* (Tercera ed.). Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington D.C: SAGE Publications.

Decreto 1 con Fuerza de Ley [DFL]. 24 de abril de 2006 (24 de abril de Ministerio de Salud. Subsecretaría de Salud Pública, Chile). Obtenido de http://bcn.cl/2dcf4

Decreto 3 [Dec]. 28 de Mayo de 1984 (28 de Mayo de Ministerio de Salud, Chile). Obtenido de http://bcn.cl/2amyt

Decreto 907 [DEC]. 21 de abril de 1966 (21 de abril de 1966 de Ministerio de Trabajo, España).

Decreto con Fuerza de Ley 44 [DFL]. 01 de junio de 1978 (01 de junio de 1978 de Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Chile).

Delgado Sanoja, H. D. (Julio-diciembre de 2016). Es posible hablar de salud desde la discapacidad. *Revista Venezolana de Salud Pública, 4*(2), 27-34. Recuperado el 3 de Junio de 2019, de https://dialnet-unirioja-es.ezproxy.utadeo.edu.co/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=%22salud%22%20AND%20%22definicion%22&filtros.DOCUMENTAL_FACET_ENTIDAD=artrev&inicio=161.

Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud. Ministerio de Salud y Protección Social. (2022). *Boletín Gasto de Bolsillo en medicamentos.* Ministerio de Salud y Protección Social, Grupo de Regulación de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, Bogotá. Recuperado el 02 de junio de 2022, de https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/MET/boletin-gasto-bolsillo.pdf

DOF. Decreto (DOF). 29 de noviembre de 2019 (29 de noviembre de 2019 de Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, México).

Espino Tapia, D. R. (2017). Derechos sociales y justiciabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo XXI. *Cuestiones Constitucionales*(36), 79-108. Obtenido de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88552786004

European Justice. (11 de 03 de 2020). *Sistema Judicial en los Estados miembros*. Recuperado el 15 de junio de 2020, de Visión del general del sistema de juzgados y tribunales en España: https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-es-es.do?member=1#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20Espa%C3%B1ola%20de%201978,igualdad%20y%20el%20pluralismo%20pol%C3%ADtico

Fernández Londoño, C., Sepúlveda Zea, C., Vieco Giraldo, J., Restrepo Zuleta, J., & Arrieta Burgos, E. (2020). *Ausentismo laboral e incapacidades médicas 2019.* (A. Echavarría Saldarriaga, & J. Manrique Sierra, Edits.) Medellín: ANDI-CESLA. Recuperado el 01 de junio de 2022, de http://www.andi.com.co/Home/Noticia/15604-andi-presento-resultados-de-la-encuesta

Fernández-Niño, J., & Bustos-Vázquez, E. (2016). Multimorbilidad: bases conceptuales, modelos epidemiológicos y retos de su medición. *Biomédica, 36*(2), 188-203. doi:https://doi.org/10.7705/biomedica.v36i2.2710

Figueroa García-Huidobro , R. (2013). El Derecho a la Salud. *Estudios constitucionales, 11*(2), 283-332. doi:http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200008

García González, R. (2004). *El Sistema Nacional de Salud en Costa Rica: Generalidades.* Universidad de Costa Rica, Vicerrectoría de Acción Social. Facultad de Medicina. Escuela de Salud Pública. Caja Costarricense de Seguro Social, Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (CENDEISSS),Proyecto Fortalecimiento y Modernización del Sector Salud. Recuperado el 13 de Diciembre de 2020, de https://www.binasss.sa.cr/opac-ms/media/digitales/El%20Sistema%20nacional%20de%20salud%20en%20Costa%20Rica.%20Generalidades.pdf

García, O. D. (Abril-Junio de 1998). La unidad de la persona humana y su fundamentación neurológica: el sustento de una nueva racionalidad para la comprensión de la muerte y de otros problemas bioéticos. *Cuadernos de Bioética, IX*(34), 348-366. Obtenido de http://aebioetica.org/cuadernos-de-bioetica/archivo-historico/1998/n-34-abril-junio.html

Gavidia, V., & Talavera, M. (2012). La construcción del concepto de salud. *Didáctica de las Ciencias Experimentales y Sociales*(26), 161-175. doi:https://doi.org/10.7203/dces.26.1935

Goberna Tricas, J. (2004). La Enfermedad a lo largo de la historia: Un punto de mira entre la biología y la simbología. *Index de Enfermería, 13*(47), 49-53. Recuperado el 19 de marzo de 2022, de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-12962004000300011&lng=es&tlng=es

Gobierno de Chile. Ministerio de Relaciones Exteriores. (3 de agosto de 2017). *Chile en el exterior*. Recuperado el 30 de agosto de 2020, de Sistema Político: https://chile.gob.cl/chile/sistema-politico

Gobierno de Chile. Subsecretaría de Previsión Social. (s/f). *Seguridad Social*. Recuperado el 6 de septiembre de 2020, de Seguridad Social como un derecho humano: https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/seguridad-social/

Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. (s/f). *Atención usuarios. Regimenes*. Recuperado el 4 de octubre de 2020, de Régimen de Licencias médicas y Subsidios por incapacidad laboral (SIL): https://www.suseso.cl/606/w3-article-19930.html

Gobierno de Chile. Superintendencia de Seguridad Social. (s/f). *Guía de la Seguridad Social. Salud Común*. Recuperado el 01 de mayo de 2021, de Subsidios por incapacidad laboral de origen común: https://www.suseso.cl/606/w3-propertyvalue-568.html#presentacion

Gobierno de España. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. (2020). *Trabajadores. Prestaciones/Pensiones de Trabajadores*. Recuperado el 8 de agosto de 2020, de Incapacidad Temporal. Régimen General. Cuantía: http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10952/28362/28365

Gobierno de España. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. (2021). *Aula de la Seguridad Social*. Recuperado el 11 de abril de 2021, de El presupuesto de la Seguridad Social: http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/PortalEducativo/Profesores/Unidad5/PESS501/PESS502

Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social. (2020). *Empleo y Economía Social. Inspección de Trabajo*. Recuperado el 8 de agosto de 2020, de Incapacidad Temporal: http://www.mites.gob.es/es/guia/texto/guia_14/contenidos/guia_14_29_3.htm.

Gobierno de España. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud. (s/f). *Salud Laboral*. Recuperado el 27 de

abril de 2022, de Incapacidad temporal: https://istas.net/salud-laboral/danos-la-salud/accidentes-y-enfermedades-definiciones/incapacidad-temporal-it

Gobierno de México. Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo. (13 de junio de 2018). *La Seguridad Social y sus beneficios*. Recuperado el 17 de enero de 2021, de https://www.gob.mx/profedet/articulos/seguridad-social#:~:text=La%20Seguridad%20Social%20es%20un,ciudadanos%2C%20integrantes%20de%20una%20comunidad.&text=La%20seguridad%20social%20se%20encuentra,personas%20trabajadoras%20y%20sus%20familias.

Gómez Fröde, C. (2017). El Sistema de Salud en México. *Revista Conamed, 22*(3), 129-135. Obtenido de https://dialnet-unirioja-es.ezproxy.utadeo.edu.co/servlet/articulo?codigo=6434801

González, C., Castillo-Laborde, C., & Matute, I. (Edits.). (2019). *Serie de salud poblacional: Estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno.* Santiago, Chile: CEPS, Fac. de Medicina. CAS-UDD. Recuperado el 13 de septiembre de 2020, de https://medicina.udd.cl/centro-epidemiologia-politicas-salud/files/2019/12/ESTRUCTURA-Y-FUNCIONAMIENTO-DE-SALUD-2019.pdf

González, M., & Sosa, G. (2010). Aspectos epistemológicos de la salud pública. Aproximaciones para el debate. *Salus, 14*(1), 44-49. Obtenido de https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=375939012010

Guerra García, Y. M. (2009). *Formación en Investigación. Introducción al proyecto y los métodos de investigación.* Bogotá D.C.: Ediciones Ciencia y Derecho.

Hassoun, N. (April de 2015). The Human Right to Health. *Philosophy Compass, 10*(4), 275–283. doi:10.1111/phc3.12215

Hernández Álvarez, M. (2000). La fractura originaria en la organización de los servicios de la salud en Colombia 1910-1946. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, 0*(27), 7-26. Recuperado el 2020 de abril de 28, de https://revistas.unal.edu.co/index.php/achsc/article/view/16847

Hernández, F. (2015). Incapacidades que superan los ciento ochenta días. *Revista Actualidad Laboral*(190), 20-25. Obtenido de

https://xperta.legis.co/visor/temp_rlaboral_d961e024-c2fa-4e97-96e4-e9643595a742

Hernández, L. J., Ocampo, J., Ríos, D. S., & Calderón, C. (2017). El modelo de la OMS como orientador en la salud pública a partir de los determinantes sociales. *Revista de Salud Pública, 19*(3), 393-395 https://doi.org/10.15446/rsap.v19n3.68470.

Instituto Mexicano del Seguro Social - IMSS. (2014). *Informe al Ejecutivo Federal y al Congreso de la Unión sobre la situación financiera y los riesgos del Instituto Mexicano del Seguro Social 2013-2014. Anexos.* México: IMSS. Recuperado el 14 de febrero de 2021, de http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/informes/20132014/20_Anexos.pdf

Jerez Iglesias, J. (2018). *El Derecho de Protección de la Salud en España: Una propuesta de financiación y Provisión de las Prestaciones Sanitarias con libre elección de los asegurados.* Universidad Nacional de Educación a Distancia. UNED, Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. Madrid: Marcos del Cano, Ana María.

Jiménez-Trujano, L., Ostiguín-Meléndez, R. M., & Bermúdez-González, A. (2009). El concepto de persona, como determinante del cuidado. *Revista Enfermería Universitaria, 6*(3). Obtenido de https://doi.org/10.22201/eneo.23958421e.2009.3.332

Junta de Andalucía. (2020). *La incapacidad temporal por contingencias comunes: accidente no laboral o enfermedad común.* Recuperado el 9 de agosto de 2020, de http://agrega.juntadeandalucia.es/repositorio/06022015/d0/es-an_2015020613_9140826/2la_incapacidad_temporal_por_contingencias_comunes_accidente_no_laboral_o_enfermedad_comn.html

Kutschera, U., & Niklas, K. (2004). The modern theory of biological evolution: an expanded synthesis. *Naturwissenschaften*(91), 255–276. doi:DOI 10.1007/s00114-004-0515-y

León Espinoza, D. (2018). *La Seguridad Social en Costa Rica. Una radiografía de su estado.* Berlín: Friedrich-Ebert-Stiftung. OIT. Recuperado el 8 de noviembre de 2020, de https://www.fesamericacentral.org/costa-rica/justicia-social/details/An%C3%A1lisis+N%C2%B05-2018+-+La+seguridad+social+en+Costa+Rica.972.html

Ley 100 de 1993. Sistema de Seguridad Social Integral, Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993 (República de Colombia. 23 de Diciembre de 1993).

Ley 16744 [Ley]. 23 de enero de 1968 (23 de enero de Ministerio de Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría de Previsión Social, Chile).

Ley 18.469 [Ley]. 14 de noviembre de 1985 (14 de noviembre de 1985 de Ministerio de Salud, Chile). Obtenido de http://bcn.cl/2fwoh

Ley 193 [LEY]. 28 de diciembre de1963 (28 de diciembre de1963 de Ministerio de Trabajo, España).

Ley 40 [Ley]. 4 de diciembre de 2007 (4 de diciembre de 2007 de España). Obtenido de https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-20910

Ley 6174 [Ley]. 31 de enero de 1938 (Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, Chile). Obtenido de https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25309

Ley 6727 sobre Riesgos del Trabajo [Ley]. Reforma al Código de Trabajo. 9 de marzo de 1982 (9 de marzo de 1982 de Asamblea Legislativa, Costa Rica). Obtenido de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=190&nValor3=200&nValor4=-1&nValor5=553&nValor6=09/03/1982&strTipM=FA

Ley Constitutiva de la Caja Constarricense de Seguro Social CCSS. Ley 17 [Ley]. 22 de octubre de 1943 (22 de octubre de 1943 de Asamblea Legislativa, Costa Rica).

Ley del Seguro Social [Ley]. 21 de diciembre de 1995 (21 de diciembre de 1995 de El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. México).

Ley Federal del Trabajo [Ley]. 1 de abril de 1970 (1 de abril de 1970 de Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, México).

Ley General de Salud [Ley]. 7 de febrero de 1984 (7 de febrero de 1984 de Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, México).

Ley General de Salud N° 5395 [Ley]. 24 de febrero de 1974 (Asamblea Legislativa, Costa Rica).

Lizarazo, C., Fajardo, J., Berrio, S., & Quintana, L. (2010). *Breve historia de la Salud Ocupacional en Colombia.* Pontificia Universidad Javeriana, Departamento de Ingeniería Industrial. Bogotá. En: https://oiss.org/wp-content/uploads/2018/11/2-Breve_historia_sobre_la_salud_ocupacional_en_Colombia1.pdf: OISS.

López Medina, D. E. (2001). *El Derecho de los Jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (Primera reimpresión ed.). Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.

Lozano, C. A. (2009). Teoría Dogmática de los Derechos Humanos. En C. G. Colombia, & P. E. González Monguí (Ed.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (pág. 512). Bogotá D.C., Colombia: Kimpres Ltda.

Mancera Cota, A. (2008). Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín mexicano de derecho comparado, 41*(121), 213-243. Recuperado el 11 de Abril de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332008000100007&lng=es&tlng=es.

McCartney, G., Popham, F., McMaster, R., & Cumbers, A. (July de 2019). Defining health and health inequalities. *Public Health, 172*, 22-30. doi:https://doi.org/10.1016/j.puhe.2019.03.0230033-3506

Mejía-Ortega, L. M., & Franco-Giraldo, Á. (2007). Protección Social y Modelos de Desarrollo en América Latina. *Revista de Salud Pública, 9*(3), 471-483. Recuperado el 24 de Mayo de 2020, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-00642007000300016&lng=en&tlng=es

Miller , L., & Lu, W. (19 de septiembre de 2018). These Are the Economies With the Most (and Least) Efficient Health Care. *Bloomberg*, págs. 1 En: https://www.bloombergquint.com/global-economics/u-s-near-bottom-of-health-index-hong-kong-and-singapore-at-top.

Ministerio de la Protección Social. (2006). Capítulo 1. Seguridad y Protección Social. En M. d. Social, *Programa Nacional de Salud 2002 - 2006* (págs. 13-23. En: https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/CAPITULO%201%20PROGRAMA%20NACIONAL%20DE%20SALUD.pdf). Bogotá D.C.

Ministerio del Trabajo - Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). (2013). *Segunda Encuesta Nacional de Condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo en el Sistema General de Riesgos Laborales.* Bogotá D.C., Colombia: Ministerio del Trabajo.

Montes, S. (24 de Septiembre de 2018). Colombia es sexta en eficiencia de la salud en la región y 47 a nivel mundial. *La República*, págs. 1. En: https://www.larepublica.co/globoeconomia/colombia-es-sexta-en-eficiencia-de-la-salud-en-la-region-y-47-a-nivel-mundial-2774056.

Naciones Unidas. (1948). La Declaración Universal de los Derechos Humanos. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* (pág. 9). Paris: Declaración proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III). Recuperado el 9 de Julio de 2019, de https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

Naciones Unidas. (25 de Septiembre de 2015). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Recuperado el 12 de Julio de 2019, de La Asamblea General adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/

Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. (1993). *Declaración y Programa de Acción de Viena.* Viena. Recuperado el 30 de marzo de 2022, de https://www.ohchr.org/es/about-us/history/vienna-declaration

Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. (16 de Diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* Recuperado el 10 de Julio de 2019, de ¿Qué son los Derechos Humanos: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx

Naranjo Mesa, V. (2000). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas* (Octava edición ed.). Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.

Narro Robles, J., Moctezuma Navarro, D., & Orozco Hernández, L. (2010). Hacia un nuevo modelo de Seguridad Social. *Economía UNAM*, *7*(20), 7-33. Obtenido de http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/18122/17286

Navarro, V. (1998). Capítulo 3: Concepto actual de la salud pública. En F. Martínez, P. L. Castellanos, & V. Navarro, *Salud Pública* (págs. 49-54). Ciudad de México: Mc Graw-Hill. Recuperado el 10 de Julio de 2019

Oliveros Ortiz, S. (2018). *La transmutación implícita en la justiciabilidad de derechos por la Corte Constitucional colombiana: análisis de los derechos a la consulta previa y*

al ambiente sano. Universidad de San Buenaventura, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Cali: Universidad de San Buenaventura. Recuperado el 24 de marzo de 2022, de http://bibliotecadigital.usb.edu.co

Orden [BOE-A-1967-19566]. 13 de octubre de 1967 (13 de octubre de 1967 de Ministerio de Trabajo, España).

Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). (2012). *Banco de información de los sistemas de Seguridad Social Iberoamericanos* (6 ed.). Madrid, España: Secretaría General de la OISS. Recuperado el 20 de septiembre de 2020, de https://oiss.org/banco-de-informacion-de-los/

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2011). *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse.* Ginebra: OIT. Recuperado el 14 de abril de 2022, de Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo : https://www.ilo.org/declaration/info/publications/eliminationofdiscrimination/WCMS_166923/lang--es/index.htm

Organización Mundial de la Salud (OMS). (17 al 21 de Noviembre de 1986). Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud. *Una Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud. Hacia un nuevo concepto de la Salud Pública*(Versión Español). (O. P. Pública, Recopilador) Ottawa, Ontario, Canadá. Recuperado el 09 de Junio de 2019, de https://www.paho.org/tierra/index.php/subject-matters/documents/carta-ottawa-promocion-salud.

Organización Mundial de la Salud (OMS). (2008). *Determinantes Sociales de la Salud.* Recuperado el 9 de Julio de 2019, de Conceptos Clave. ¿Qué son las inequidades sanitarias?: https://www.who.int/social_determinants/thecommission/finalreport/key_concepts/es/

Organización Mundial de la Salud (OMS). (2008). *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud. Resumen Analítico del Informe Final de la Comisión sobre Determinantes Sociales de de la salud.* Ginebra, Suiza.: Ediciones de la OMS. Recuperado el 24 de Junio de 2019, de

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/69830/WHO_IER_CSDH_08.1_spa.pdf?sequence=1

Organización Mundial de la Salud (OMS). (2009). *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud. Informe final de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud.* Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Journal S.A. . Recuperado el 24 de Junio de 2019, de https://www.who.int/social_determinants/thecommission/finalreport/es/

Organización Mundial de la Salud (OMS). (2014). *Documentos Básicos*. Organización Mundial de la Salud. Recuperado el 4 de Junio de 2019, de http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf#page=7

Organización Mundial de la Salud (OMS). (29 de diciembre de 2017). *Salud y derechos humanos*. Recuperado el 14 de abril de 2022, de Salud y derechos humanos: https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health

Organización Mundial de la Salud (OMS). (s.f.). *Temas de Salud. "Determinantes sociales de la salud".* Recuperado el 24 de Junio de 2019, de Documento de referencia 1: Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud - ¿Qué es, por qué, y cómo?: https://www.who.int/social_determinants/thecommission/finalreport/about_csdh/es/

Organización Panamericana de la Salud (OPS), CISSCAD. (2020). *Seguridad social en Centroamérica y República Dominicana: situación actual y desafíos.* Washington, D.C.: OPS, CISSCAD. Obtenido de https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/51888/9789275321980_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Presidencia de Costa Rica. (2019). *Costa Rica*. Recuperado el 18 de octubre de 2020, de Constitución Política: https://www.presidencia.go.cr/costa-rica/

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (s.f.). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Recuperado el 12 de Julio de 2019, de ¿Qué son los Objetos de Desarrollo Sostenible?: https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html

Real Academia Española. (s.f). *Auxilio.* Diccionario de la lengua española. Recuperado el 10 de abril de 2020, de https://dle.rae.es/auxilio?m=form

Real Academia Española. (s.f). *Prestación.* Diccionario de la lengua española. Recuperado el 09 de 09 de 2022, de https://dle.rae.es/prestaci%C3%B3n?m=form

Real Academia Española. (s.f). *Servicio.* En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 09 de 09 de 2022, de https://dle.rae.es/servicio

Real Academia Española. (s.f). *Situación.* En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 12 de 09 de 2022, de https://dle.rae.es/situaci%C3%B3n

Real Academia Española. (s.f). *Subsidio.* Diccionario de la lengua española. Recuperado el 2022 de 09 de 09, de https://dle.rae.es/subsidio?m=form

Real Academia Española. (s.f). *Sustituir.* En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 12 de 09 de 2022, de https://dle.rae.es/sustituir?m=form

Real Academia Española. (s.f). *Unidad* (23a. ed. [versión 23.4 en línea] ed.). En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 05 de marzo de 2021, de https://www.rae.es/drae2001/unidad

Real Decreto Legislativo [RDL] 2. 23 de octubre de 2015. Estatuto de los Trabajadores (23 de octubre de 2015 de Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España).

Real Decreto Legislativo 8 [RDL]. 30 de octubre de 2015 (30 de octubre de 2015 de Ministerio de Empleo y Seguridad Social, España).

Reglamento 8712 para el otorgamiento de licencias e incapacidades a los beneficiarios del seguro de salud [Reglamento]. 24 de abril de 2014 (24 de abril de 2014 de Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica). Obtenido de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=77408&nValor3=119676&param2=1&strTipM=TC&lResultado=2&strSim=simp

Reglamento del Seguro de Salud (Reglamento). 30 de mayo de 2006 (30 de mayo de 2006 de Caja Costarricense del Seguro Social, Costa Rica). Obtenido de https://www.ccss.sa.cr/normativa

Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social [Reglamento]. 01 de enero de 1997 (01 de enero de 1997 de Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica). Obtenido de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43463&strTipM=TC

Rey Martínez, F. (2005). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo* (Vol. Colección MIradas I). México D.F, México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Recuperado el 13 de 04 de 2022, de https://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/912/1/CONAPRED-012.pdf

Ripari, N., Elorza, M., & Moscoso, N. (2017). Costos de enfermedades: clasificación y perspectivas de análisis. *Revista Ciencias de la Salud, 15*(1), 49-58. doi:https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/revsalud/a.5376

Rodríguez Ávila, N. (2018). Envejecimiento: Edad, Salud y Sociedad. Editorial. *Horizonte Sanitario, 17*(2), 87-88. doi:https://doi.org/10.19136/hs.a17n2.2417

Román Vega, I. (2012). *Sistemas de Protección Social en América Latina y el Caribe: Costa Rica.* Santiago de Chile: Naciones Unidad. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Recuperado el 8 de noviembre de 2020, de https://www.cepal.org/es/publicaciones/4033-sistemas-proteccion-social-america-latina-caribe-costa-rica

Sáenz, M., Acosta, M., Muiser, J., & Bermúdez, J. (2011). Sistema de Salud de Costa Rica. *Salud Pública de México, 53*(Supl. 2), 156-167. Recuperado el 8 de noviembre de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342011000800011&lng=es&tlng=es.

Sampieri Hernández, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2010). *Metodología de la Investigación* (Quinta ed.). México D.F: Mc Graw Hill.

Sánchez García, J. L. (mayo de 2016). La persona humana y su perspectiva antropológica. *Fides et Ratio*(1), 77-104,. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5413414

Sánchez-Castañeda, A. (2012). Principales modelos de seguridad social y protección social. En A. Sánchez-Castañeda, *La Seguridad Social y la Protección Social en México: Su necesaria reorganización* (Primera Edición ed., pág. 191). México D.F, México: Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Sánchez-Castañeda, A., & Morales Ramírez, M. A. (2014). *El derecho a la seguridad social y a la protección social.* (J. I. Camacho Solís, Ed.) México: UNAM-Porrúa.

Secretaría General Iberoamericana. (s/f). *Organismos Iberoamericanos*. Recuperado el 15 de junio de 2020, de Secretaría General Iberoamericana: https://www.segib.org/organismos-iberoamericanos/

Sentencia C-065. Derecho a la igualdad. Derecho a la igualdad en incapacidad laboral, Referencia: expediente D-5341 (Corte Constitucional 1 de Febrero de 2005). Recuperado el 25 de Octubre de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-065-05.htm

Sentencia C-091 de 1997 [Sent.]. 15 de febrero de 2017 (15 de febrero de 2017 de M.S.: María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia).

Sentencia C-177 de 1998 [Sent.]. 4 de mayo de 1998 (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1998/C-177-98.htm

Sentencia C-251 de 1997 [Sent.]. 28 de mayo de 1997 (28 de mayo de 1997 de M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia).

Sentencia C-543 de 2007 [Sent.] 18 de julio de 2007 (18 de julio de 2007 de M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional, Colombia). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-543-07.htm

Sentencia SU-480 de 1997 [Sent.]. 25 de septiembre de 1997 (25 de septiembre de 1997 de M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Colombia). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU480-97.htm

Sentencia T-161 [Sent.]. 9 de abril de 2019 (9 de abril de 2019 de M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional, Colombia).

Sentencia T-227 de 2003 (Sentencia T-227/03). 17 de marzo de 2003 (M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional, Colombia).

Sentencia T-311 de 1996 [Sent.]. 15 de julio de 1996 (15 de julio de 1996 de M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional, Colombia). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-311-96.htm#:~:text=El%20no%20pago%20de%20una,una%20persona%20y%20su%20familia.

Sentencia T-406 [Sent]. 5 de junio de 1992 (5 de junio de 1992 de M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional, Colombia). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm

Sentencia T-426 de 1992 [Sent.]. 24 de junio de 1992 (24 de junio de 1992 de M.P. Dr. Eduardo Cifuente Muñóz. Corte Constitucional, Colombia). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm

Sentencia T-428 de 2012 (Sentencia T-428/12). 8 de junio de 2012 (8 de junio de 2012 de M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional, Colombia).

Sentencia T-441 de 1993 [Sent.]. 12 de octubre de 1993 (12 de octubre de 1993 de M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional, Colombia). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-441-93.htm

Sentencia T-724 de 2008 [Sent.]. 22 de julio de 2008 (22 de julio de 2008 de M.P. Dr. Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional, Colombia).

Sentencia T-747 de 2003 [Sent.]. 28 de agosto de 2003 (28 de agosto de 2003 de M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional, Colombia).

Sentencia T-760 de 2008 [Sent.] 31 de julio de 2008 (31 de julio de 2008 de M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional, Colombia). Obtenido de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm

Sentencia T-920 de 2009 [Sent.] 7 de diciembre de 2009 (M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional, Colombia). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-920-09.htm

Sierra Hernáiz, E. (2018). El concepto de discriminación indirecta: su delimitación y aplicación en el derecho social comunitario europeo y español. En M. T. Alameda Castillo, E. M. Blázquez Agudo, Y. Z. Carreño Contreras, M. García Mandaloniz, T. García Sedano, P. Nieto Rojas, . . . E. Sierra Hernáiz, & E. Blázquez Agudo (Ed.), *Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino* (págs. 11-26). Madrid: Editorial Dykinson. Recuperado el 25 de octubre de 2019, de https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/27638

Solar O., I. A. (2010). *A conceptual framework for action on the social determinants of health. Social Determinants of Health Discussion Paper 2 (Policy and Practice).* Geneva: World Health Organization. Recuperado el 27 de Junio de 2019, de

https://www.who.int/sdhconference/resources/ConceptualframeworkforactiononSDH_eng.pdf

Talavera Fernández, P. A. (2016). Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal. *Revista Boliviana de Derecho*(21), 16-47. Recuperado el 3 de Junio de 2019, de https://dialnet-unirioja-es.ezproxy.utadeo.edu.co/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=%22salud%22%20AND%20%22definicion%22&filtros.DOCUMENTAL_FACET_ENTIDAD=artrev&inicio=161.

Tandon, A., Murray, C., Lauer, J., & Evans, D. (2000). *Measuring Overall Health System Performance for 19 countries.* World Health Organization. Ginebra: World Health Organization.

Tomei, M. (2003). Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo. *Revista Internacional del Trabajo, 122*(4), 441-459.

Valencia Lomelí, E., Foust Rodríguez, D., & Tetreault Weber, D. (2013). *Sistemas de Protección Social en América Latina y el Caribe: México.* Santiago de Chile: Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ). GIZ. Obtenido de https://www.cepal.org/es/publicaciones/4035-sistemas-proteccion-social-america-latina-caribe-mexico

Valenzuela Contreras, L. M. (2016). La salud desde una perspectica integral. *Revista Universitaria de la Educación Física y el Deporte, 9*(9), 50-59. Recuperado el 3 de Junio de 2019, de https://dialnet-unirioja-es.ezproxy.utadeo.edu.co/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=%22salud%22%20AND%20%22definicion%22&filtros.DOCUMENTAL_FACET_ENTIDAD=artrev&inicio=101

Valero-Pacheco, I. C. (2020). La incapacidad temporal y la enfermedad relacionada con el trabajo en la Seguridad Social. Una aproximación a partir de la revisión de literatura. *Revista Verba Iuris, 15*(44), 55-72. doi:https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.44.6869

Valero-Pacheco, I. C., Rodríguez-Páez, F., García Bedoya, O., Palma Parra, R. M., Téllez Ávila, E., Cardona Medina, F., & Riaño-Casallas, M. I. (2021). *Las incapacidades temporales como factor de ineficiencia y desperdicio en el Sistema de Salud Colombiano (fase 1).* Bogotá: Escuela de Administración y Contaduría Pública. Centro de Investigaciones para el Desarrollo - CID. Universidad Nacional de Colombia. Recuperado el 02 de junio de 2022, de http://www.fce.unal.edu.co/media/files/CentroEditorial/documentos/documentosEACP/documentos-EACP-40.pdf

Vega-Vargas, M., Eslava-Castañeda, J. C., Arrubla-Sánchez, D., & Hernández-Álvarez, M. (2012). La reforma sanitaria en la Colombia de finales del siglo xx: aproximación histórica desde el análisis sociopolítico. *Revista Gerencia y Políticas de Salud, 11*(23. En: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1657-70272012000200004), 58-84.

Vélez-Arango, A. (2015). El derecho a la salud: una visión a partir del enfoque de capacidades. *Rev. Fac. Nac. Salud Pública, 33*(1), 93-100. Obtenido de http://www.scielo.org.co/pdf/rfnsp/v33n1/v33n1a12.pdf

Villán Durán, C. (2009). Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales. En C. G. Colombia, & P. E. González Monguí (Ed.), *Derechos económicos, sociales y culturales* (pág. 516). Bogotá D.C., Revisado Julio 14 de 2019, Colombia: Editorial Kimpres Ltda.

World Legal Systems Research Group. JuriGlob. (s.f). *Forms of State*. Recuperado el 30 de agosto de 2020, de World Map: https://juri-globe.ca/en/allcategories-en-gb/782-category-en-gb/atlas-constitutionnel/formes-d-etat/carte-du-monde

Zabala Olalde, J. C. (2012). La persona como unidad evolutiva. *Theoria, 21*(1), 51-54. Obtenido de https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29931769005

ANEXOS

VER ARCHIVO