

**INTERPRETACIÓN DE LA SALUD COMO DERECHO HUMANO DENTRO DE UN
SISTEMA DEL ASEGURAMIENTO EN COLOMBIA**

Por: DAVID BERNAL PEÑA.

TESIS presentada como trabajo de grado. MAG. EN DERECHO ADMINISTRATIVO.

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

Seccional Tunja.

2023

INTRODUCCIÓN

Las distintas acepciones positivistas, dentro del estudio de la filosofía del derecho, la legitimidad suprapositivista, entendida como los preceptos validos supraleales (HABA, 2004, pág. 154), presenta para el estudio del derecho a la salud, en su faceta colectiva, una forma de decantar los compendios normativos que regulan la salud, ya que se presentan dentro del ordenamiento de forma dispersa, lo cual ha provocado que los intereses económicos afecten a los ciudadanos debido a que su aplicación como mandamiento de acción no distingue lo articular de lo particular. (HABA, 2004, pág. 185)

El sistema ya complejo dentro de la prestación del servicio médico, deja a disposición de las políticas empresariales basadas en modelos economicistas de atención (Schiaivone & Rios, 2013), dejando la aplicación del modelo asistencialista de aseguramiento alejado del modelo administrativo de su aplicación.

En Colombia los principales cambios al sistema de salud se han dado a través del desarrollo jurisprudencial, los escándalos periodísticos y los cambios sociales que han afectado al sector de la salud, los cuales han sido los detonantes para los cambios sustanciales de la aplicación de este derecho, transformado una garantía Constitucional amparada por los criterios de conexidad y de garantía fundamental a un proceso económico de mercado y de oferta internacional de tal forma que la protección del derecho a la salud ha transitado hacia una garantía individual causando una ruptura con la acción administrativa necesaria para que el sistema de salud pueda atender las necesidades fundamentales de acceso y atención.

Empero las teorías del constitucionalismo garantista que desarrollan las teorías iuspositivistas de los derechos (CABRA, 2006, pág. 65), en donde encienden la luz de la teleología sincrética al exponer que las garantías constitucionales en cada democracia tienen capacidad normativa ejecutiva material para su aplicación y unión con el fin de que el ciudadano pueda sentir en casa espacio donde se efectiviza dicha garantía, que puede invocarla para que le sea tenido en cuenta.

Esta visión antologista y humanista del principalísimo propuesta por (Sánchez Herrera, 2002) estudiado como antecedente del desarrollo constitucional dentro del cual se considera objetivamente como justos los preceptos básicos de sujeción normativa entre el ciudadano y el derecho, es la que mediante la acción administrativa del Estado les protege a través del legalismo ético (Ferrajoli, DERECHOS FUNDAMENTALES. En Los fundamentos de los derechos fundamentales, 2001) ello sumado al quantum aportado por el derecho en constante movilidad dentro del derecho administrativo, se han convertido en herramientas útiles y válidas para aquellos que toman decisiones entorno a la aplicación de la salud (HERRERA, 2002), lo cual también ha permitido mirar más allá del legalismo exegético, acercando a los juristas a la filosofía y a visualizar la frágil sociedad moderna que al tender a la individualización han seducido las miradas cada vez más dentro de la humanidad en su contexto, rompiendo las barreras normativas y convirtiéndolas en el derecho particular y concreto, dejando las abstracciones normativas más generales que regulan el derecho público en un segundo plano.

Desde esta perspectiva, ya desde los años sesenta se habla de las dudas que deja la redacción sistemática de los preceptos por su resistencia a los cambios sociales. Por eso la discusión HART y DWORKIN (RODRIGUEZ, 1997) o las precisas deducciones de LUIGI FERRAJOLI, enfocando desde el humanismo, promueven un acercamiento a la filosofía del

derecho encontrando los argumentos necesarios para aplicar lo justo. Pero la justicia continúa en el imaginario colectivo y no ha sido abstraída de su ambrosia ya que el sistema legal idealizado para la protección de las mínimas garantías humanas continúa siendo complicado, ilíquido y oscuro.

Así el sistema de salud en Colombia, intenta proteger la integridad del ser humano, ya desde su concepto se dispone inmutable puesto que es indiscutible el carácter de principal de este derecho. El sistema creado para la protección de la vida ser humano, ha constituido un andamiaje complejo, aún más espinoso con sus sucesivas reformas y cambios normativos, ha perdido la finalidad de protección y capacidad de integrar lo fundamental con la capacidad administrativa de acción para su protección, ya que su importante impacto para cada ser humano dentro de nuestras fronteras.

De tal modo que se plantea un enfoque reconstruido de la salud, sin ahondar en las dificultades de un sistema normativo que debería cumplir la función de su garantía, prestación y permanencia de la salud en su concepto principal. Así se planteará una concepción administrativa reorientada dentro la perspectiva de protección del paradigma interpretativo de la salud, con una función orientadora y no como un servicio.

Las concepciones legalistas de tipo exegetico de la dogmática presentada en el sistema de salud, exhiben en primera medida una acepción formalista, en cuanto a su expedición, pero no comportan una seguridad jurídica encaminada a la protección de un derecho, pues si se expresa el derecho como certeza, este no puede allanarse a una legislación incidental del sistema de la salud. (HABA, 2004, pág. 188)

En ese orden de ideas, corresponde a un fin del estado garantizar la salud a sus asociados, como conglomerado y como personas individuales, ya que estos a su vez, conforman un colectivo difuso, disperso y desigual, al cual le pertenecen las garantías mínimas establecidas dentro del texto Constitucional, condiciones que se pretenden dentro del sistema democrático de estado unitario pero que en la realidad presenta dificultades propias de un sistema normativo selectivo, que pretende una garantía individual a las necesidades colectivas sin comprometerse a realizar una distinción entre las facetas de acción que compromete la salud desde su concepto general.

Para proteger la certeza de la acción normativa de la salud, debe ser necesaria una interpretación desde el punto de vista Constitucional para problemáticas generales y regular en lo particular la atención más fundamental. La salud constituye un derecho autónomo, su protección a través de la vía sistemática y su regulación mediante ley estatutaria, que en su lectura crítica pretende un decálogo de derechos ya reconocidos en las distintas normativas sobre la materia que, por su integralidad, atadas al sistema general de salud dispuesto para ello, como derecho colectivo y ius fundamental, sin describir las condiciones de aplicación de una y otra faceta.

En virtud del derecho a la salud se ha creado un compendio específico de instituciones dispuestas, funcional y administrativamente para garantizar el acceso a la salud, que es un simple servicio médico a través de un sistema de aseguramiento de contingencias, más aún cuando el desarrollo jurisprudencial toma del humanismo las bases ideológicas para garantizar la atención en salud como derecho fundamental.

La salud vista como derecho colectivo presenta varios cuestionamientos, de los cuales principalmente se mostrarán dos. Primero la distinción entre el derecho personal y el colectivo de la salud, donde como derecho fundamental implicaría no solo la atención médica y como derecho colectivo presenta distinciones concretas de su homologo fundamental.

En una visión secundaria la salud como derecho colectivo, en la visión presentada, implicaría una interpretación de garantía general dentro de la teoría de interpretación constitucional axiológica de su faceta colectiva, mostrando una visión general de la salud como derecho de segunda generación, por lo cual se propondrá una perspectiva de aplicación que correspondería al esquema del sistema de la salud en sus aspectos sistemáticos administrativos y no solo la regulación de sistema de atención individual.

De allí que es del resorte del derecho administrativo orientar y reorganizar, en los casos que afectan la salud y determinar herramientas útiles de fundamentación que impliquen la protección para cambiar el enfoque de los paradigmas de la salud con el fin de distinguir la salud como colectivo y la salud como fundamental. Estos aspectos pretenden dilucidar las problemáticas que imprime esta diferenciación, en torno a la aplicación de la salud a los ciudadanos, a las empresas que trabajan con la salud y a la administración, con el fin de cotejar sus políticas de atención y ampliar en su contexto la capacidad de garantía.

Por ello se plantearán las generalidades de la salud y los principales aspectos que contiene, se analizarán desde la perspectiva colectiva el derecho a la salud, tomando como corriente interpretativa propia la del Constitucionalismo. Terminando la etapa introductoria se establecerán las concepciones generales del sistema de aseguramiento y su diferencia con la concepción

propuesta como intermedia entre la noción colectiva de la salud y los valores fundamentales que la integran.

Desde la perspectiva del texto y su sencilla finalidad para el derecho administrativo, se atiende a su función en el derecho público colombiano para analizar desde la teoría propia de esta rama que la salud merece una construcción distinta, encaminada siempre a la protección por encima del aseguramiento, lo cual se propondrá desde el análisis interpretativo de los principios generales que la componen.

Pregunta de investigación:

¿Es la interpretación axiológica constitucional, una doctrina jurídica y teórica que conduce al cambio paradigmático de las decisiones organizacionales gubernamentales que permita la transición de un sistema de aseguramiento a un enfoque garantista de la salud?

Planteamiento del problema:

El proceso de comprender el déficit de protección al derecho a la salud en Colombia puede analizarse desde muchas causas, pero la garantía como derecho depende de la eficacia en la aplicación de los procesos administrativos con las que cuenta el estado para establecer garantías individuales y generales de aseguramiento y garantía de acción y atención que permitan que el andamiaje estructurado pueda pretender ser efectivo y asegurar su aplicación como derecho fundamental y como derecho colectivo.

Existen correlativos obligacionales estandarizados para la protección del derecho a la salud sobre el cual se establecen estándares mínimos de atención y parámetros generales de efectividad, donde la atención a las personas o a las comunidades que ameritan protección a través de la acción

por parte del estado, siempre que fuesen son tomadas como prioridad o como sujetos de especial protección mediante una orden dictada fruto de una caso inter-partes que continuamente ha nutrido la capacidad de garantía en su aplicación. Por lo tanto, sería necesario estudiar desde el punto de vista de protección sobre estos estándares generales donde desde el derecho administrativo puedan establecerse criterios de interpretación entorno a las teorías axiológicas del neoconstitucionalismo, la cual permita establecer un halo obligacional que mantenga la eficiencia y permanencia de la salud como un derecho colectivo y como garantía fundamental.

Se entiende generalmente que la cualidad de progresividad de la faceta colectiva del derecho a la salud corresponde a la necesidad de atención sin desconocer de los criterios generales que determinan los estándares internacionales de mejoramiento continuo en los esfuerzos gubernamentales ya que la protección particular se enfoca en cumplir con los criterios de atención y protección de aseguramiento personal donde se realizan acciones parciales o incompletas que solo se atienden acciones urgentes, sin satisfacer la atención en salud como una garantía general progresiva.

El régimen de salud en su reglamentación, aunado a un régimen legalista de intervención, ha provocado la disgregación y especialización del concepto de salud como derecho de segunda generación, ya que su garantía como derecho fundamental se ha separado de su concepto general más amplio y completo, que es su faceta como derecho colectivo.

Aunado a esta dicotomía de interpretación que se aplica directamente a un solo sistema de salud, el cual está construido en un régimen de aseguramiento. Esta confluencia de conceptos dificulta una interpretación completa del derecho a la salud, donde no existe claridad de los en los conceptos de aplicación como derecho autónomo de forma colectiva, esta se subsume en

mecanismos administrativos para la garantía específica como reflejo del sistema de aseguramiento mas no como expresión de la protección de un derecho fundamental.

Desde el derecho público se ha contemplado una multiplicidad de procedimientos y acciones mediante las cuales se ha conferido el mismo núcleo de protección que abarca en confluencia del derecho a la salud, pero no existen lineamientos generales de carácter interpretativo que puedan ser analizados para que exista la suficiente claridad para efectivizar el derecho colectivo a la salud. Visto desde el punto de vista axiológico constitucional esto podría contribuir a determinar una distinción o acercamiento entre la capacidad colectiva de garantía y las obligaciones de protección individual que le exigen los estándares internacionales de protección del derecho fundamental de la salud.

El desarrollo economicista que evoluciono desde el aseguramiento de la enfermedad como contingencia asegurable a los trabajadores hacia un mecanismo estatalizado mediante un andamiaje administrativo en torno a un derecho más que a una contingencia. La historia de la salud como derecho se ha desarrollado de forma autónoma y diferenciada de las necesidades colectivas de acceso e infraestructura, dicha separación del derecho a la salud como garantía individual esta afianzada en un sistema de aseguramiento.

Las formas de interpretación coetáneamente al calificar la capacidad de las normas de cumplir su objetivo primigenio, en donde el actor activo, entendido como la persona que toma decisiones administrativas, debe tener en cuenta al momento de aplicar las normas en el sentido de entender que el sistema de salud se ha transformado de un sistema de aseguramiento a un sistema de garantía. Por ello se propone una interpretación distinta al sistema normativo de la salud en Colombia, capaz de sustentar decisiones administrativas que coincidan con el andamiaje legal

y la necesidad particular o colectiva de acción en torno a garantizar la protección del derecho a la salud.

La finalidad del presente estudio es establecer si de la interpretación constitucional axiológica al aspecto de la salud como derecho, contribuiría a una transformación en la expresión normativa para su aplicación administrativa.

Objetivos

Objetivo general

Identificar el paradigma del aseguramiento como sistema de salud, a través de la axiología constitucional para buscar una transición hacia la garantía de protección en las decisiones organizacionales gubernamentales en el derecho a la salud en Colombia.

Objetivos específicos

1. Describir de forma general el desarrollo del derecho a la salud en Colombia a través del paradigma del sistema de aseguramiento.
2. Establecer dentro del sistema de aseguramiento las principales implicaciones individualistas y relacionarla con la garantía general de protección del derecho a la salud.
3. Determinar mediante las posiciones de la axiología constitucional, la recomposición del paradigma de aseguramiento hacia una interpretación que permita el actuar del estado en sede administrativa de forma eficiente, garantista e integradora.

Presentación del tema:

Las nuevas tendencias del derecho público hacia la constitucionalización como una corriente dentro del desarrollo teórico del derecho administrativo, exhibe la aplicación de la interpretación a las disposiciones normativas que conforman el derecho público. El estudio de los efectos normativos de las disposiciones abiertas o abstractas del texto constitucional está transformando la manera como se aplican los fines del estado en relación con la motivación de las actuaciones administrativas.

Esta tendencia integrada al sistema vigente conforma una noción en constante evolución de los derechos en el ordenamiento jurídico, encaminado hacia la garantía constitucional de los derechos fundamentales mediante una concepción axiológica de la forma en que se aplican los lineamientos constitucionales y en general las normas que de ella se fundan, los cuales han sido estudiados principalmente como formas de fomentar la evolución del derecho a través de las herramientas filosóficas en la constante movilidad del derecho.

La posibilidad de encausar la norma establecida conforme a los cambios sociales y culturales que ocurren en un pueblo, confiere al interprete la fuerte responsabilidad de motivar las decisiones a través de la precisión de los preceptos normativos aplicados y la forma en que se relacionan al caso en concreto, siguiendo las transformaciones que la doctrina provee, institucionalizando a través de las decisiones coyunturales los instrumentos para conservar la equidad y determinar una paráfrasis normativa que permita la concreción de la progresividad más allá de la disponibilidad de recursos y así pretender siempre por la garantía y efectividad de los derechos constitucionales. (ISAGS UNASUR, 2012)

Parte de esta ganancia ha sido reconocer la salud como un derecho fundamental en donde se establecen requisitos de servicio y de atención básica a los ciudadanos. Sin embargo, la salud comporta circunstancias mayores que de ella sobrevienen. (precedente jurisprudencial). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se pronunció en el año 2000, precisando de una vez que el derecho a la salud implica distintos aspectos de agua potable, saneamiento básico, suministro de alimentos, condiciones de ambiente de vida y de trabajo, y educación en medio ambiente. (ONU, 2000)

En este sentido se presenta la salud en un estado más amplio de protección y garantía, estableciendo la necesidad de complementariedad del derecho público para analizar los paradigmas de interpretación del tema de la salud, hacia su aplicación como derecho positivo dentro de una visión contenciosa que no esté previsto en el ordenamiento jurídico en Colombia.

Este concepto implica que el derecho administrativo debe aportar dentro de la práctica las herramientas eficaces y necesarias para la efectividad de los derechos que atesoran una intrínseca relación con los fines del estado y que corresponden una función de la rama ejecutiva en Colombia, es decir que le corresponde evolucionar conforme las acepciones del derecho que se compromete con la reinterpretación de las situaciones siempre tendiente a un estándar de mejor garantía, por lo que los procedimientos establecidos dentro del trámite de su efectividad han sido los acusados de entorpecer el proceso de aseguramiento y atención oportuna.

Las corrientes interpretativas que están orientadas a la aplicación de la salud ya están establecidas en las disposiciones de la Ley 1751 de 2015, mediante una definición integradora y de complementariedad propia en un solo término del derecho fundamental de la salud con su acepción colectiva, donde orientan un nuevo rumbo ideológico algo más garantista, general y

abstracto ya que el legislador ha compilado el derecho a la salud en una sola frase como colectivo y como fundamental además de dictar unos criterios básicos de aplicación y garantía, siendo que son derechos homólogos pero distinta su capacidad de acción y rango de garantía, es decir son derechos mellizos, provienen de la misma fuente pero es distinta la sujeción normativa que les aplica.

Esta perspectiva, amerita un análisis externo al normativo o procedimental de cómo el derecho administrativo debe estudiar la garantía y efectividad del derecho a la salud, en su capacidad de análisis propio. Corresponde determinar las condiciones ideales de distinción entre la aparente paridad de la salud y aprehender la forma de integrar las dos visiones al sistema normativo preexistente.

La acepción más difundida es la de garantía inmediata del derecho fundamental y el compromiso de progresividad como derecho colectivo, el cual se despliega desde la perspectiva constitucional y se proyecta hacia la aplicación en el contexto que las condiciones específicas dentro de las coyunturas contenciosas, en donde el sustento de interpretación conforme a las corrientes constitucionalistas de la doctrina no tienen un modelo axiológico, por lo que esta es una intención particular de extender las garantías individuales al proceso colectivo de la salud, pretendiendo mostrar una visión integradora y humanista, más que la orgánica- institucional vigente.

Presentada la salud dentro de una mirada reconstruida bajo este criterio integrador de protección se plantea una visión orgánica de aseguramiento que confronta la actualidad del sistema de salud, entendido como un paradigma empalmado y funcional enfocado principalmente en la protección individual, con la acepción axiológica constitucional del derecho de la salud.

Se propone una separación del concepto de salud universal como sinónimo de atención y se comprometen serios esfuerzos de análisis en orientar el precepto de la protección individual, hacia una posición integradora propuesta a través de una fundamentación teórica acerca de la salud como una obligación de acción pública, estableciendo así un legado con visión de continuidad desde el deber se, desde reorganizar el sistema estandarizado y el deber de aplicar los principios orientaciones de la constitucionalización del derecho administrativo acorde a las connotaciones transversales del sistema de aseguramiento preestablecido.

METODOLOGÍA

El planteamiento metodológico de la presente investigación radica en describir, explorar, identificar y analizar mediante el método inductivo, el compendio jurídico-normativo general establecido en Colombia, a partir del estudio, alcance y aspectos esenciales de la salud, aplicados a la teoría axiológica constitucional, con la finalidad de disminuir y regular la brecha del aseguramiento con la garantía en la toma de las decisiones administrativas y organizacionales en este ámbito.

De esta manera es que se puede establecer un paradigma del aseguramiento y mediante la visión deductiva de las apreciaciones neoconstitucionales y la axiología constitucional de interpretación de los derechos, principios y normas; se pretende desligar el paradigma de aplicación administrativa de la salud como un sistema de contingencia a un sistema de garantía.

Es decir que se explora la teoría dogmática del desarrollo normativo del sistema normativo en torno a la generalidad de la salud, mostrando los principales aspectos de su evolución y su relación intrínseca con la garantía de acción mediante la protección de los eventos de atención en

salud para poder dilucidar los puntos que unen estos conceptos normativos y así reinterpretando el sistema sin reconfigurarlo.

PRESENTACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA

La salud como derecho de segunda generación se consagró y desarrolló en los artículos 2, 48, 49, 50, 54, 64, 78, 334 y 356 de la constitución de 1991, desarrollas luego de forma compilatoria y general a través de la ley 100 de 1993, en ella imponen “*criterios de universalidad solidaridad y eficiencia*” (OFICIAL, 1994, pág. 1). La constitucionalización del derecho a la salud, implicó que dentro de su reglamentación se instruyeran disposiciones garantistas propias de las crisis de financiación de sistema vigente hasta esa época.

Sin embargo, el sistema de seguridad social como parte de las luchas liberales que se centraron dentro del nuevo proceso de industrialización del país en las primeras del siglo XIX, nace para los trabajadores un modelo aseguramiento de contingencias o de eventualidades al momento de desarrollar su actividad como obreros industriales, que como actores sociales desde el siglo XIX, liderada por las ideas de URIBE URIBE, quien, en su conferencia del 23 de octubre de 1904, presenta la asistencia médica como un logro de los obreros en Europa (ROMERO, 2000, pág. 38).

Una constante lucha para el reconocimiento de garantías fruto de la relación laboral e históricamente la salud ha hecho parte del derecho laboral ya desde la ley del seguro obligatorio, emitida en Alemania por el Canciller Otto Von Bismarck en 1883. Desde la ley de seguro obligatorio, emitida en Alemania, se evidencia la constante lucha por el reconocimiento de garantías, fruto de las relaciones laborales e históricamente de la salud como parte del derecho laboral.

A nivel internacional existieron varios modelos de protección institucional a la salud antes de su reconocimiento propio como derecho, tal es el caso de Alemania a finales del siglo XIX con el modelo de seguridad social del Bismarck que ofrecía cierta asistencia médica y un seguro para accidentes laborales, enfermedades, invalidez y vejes, otro caso es el modelo liberal Ingles desarrollado durante el siglo XIX que brindaba asistencia médica a través de un seguro voluntario y que para finales de este siglo buscó lograr un sistema de seguridad social soportado en la cooperación del estado con los usuarios a través del informe que rindió la comisión de la Ley de pobres que evidencio una preocupación de los ingleses por la salud de toda la población, en especial los más vulnerables.

Mas adelante, en el siglo XX, hubo varios países que regularon y reconocieron la salud como un derecho, como en la Constitución Española de 1978 en su disposición 43, Portugal con el artículo 64.1 de su Constitución, Sudáfrica con el artículo 27 de la Constitución de 1996 y Francia con el Preámbulo de su Constitución actual.

En Colombia la Constitución de 1886 determinó el derecho a la salud desde el enfoque de salubridad publica donde se estableció la obligación de los empleadores el garantizar a los trabajadores las condiciones de higiene suficientes puesto que se consideraba como causante de las enfermedades la exposición a condiciones ambientales y de hábitat inadecuadas. A esto se le denominó el “modelo higienista” (Arenas, 2017) la vigilancia para el cumplimiento de estas medidas estaba a cargo del estado de donde se desprende la primera intención del estado de hacerse cargo de la situación de salud en el país.

En desarrollo de este precepto se promulgo la Ley 30 de 1886 que creó las Juntas de Higiene en los niveles nacional, departamental y municipal cuya función principal era la de obtener los datos científicos para resolver los asuntos de salubridad pública.

En los años siguientes, aproximadamente hasta el 1930, el país empezó a desarrollarse económicamente con la construcción de vías que permitían intercomunicación entre las diferentes regiones y el sector del agro comenzó a destacarse como principal impulsor de la economía, esto llevo a que el gobierno se viera en la necesidad de avanzar normativamente en el tema de la salud y establecer una estructura más organizada del sistema de salud, para esto se expidieron las Leyes 33 de 1913 que creó el Consejo Superior de Sanidad, Ley 84 de 1914 que lo transformo en la Junta Central de Higiene que posteriormente paso al ministerio de Agricultura y Comercio luego al Ministerio del Trabajo para después regresar al ministerio de instrucción pública por considerarse la salud como un problema principalmente educativo, además se creó el laboratorio Samper y Martínez (1926), el palacio de la higiene (1926), la escuela de farmacia (1927) y la Escuela Nacional de Enfermeras (1930).

Para finales del siglo XIX la atención en salud consistía en seis organizaciones (ALVARES, 2004, págs. 74-90), la beneficencia y asistencia pública, orientada a los que carecían de recursos, el cual era atendido principalmente por la Iglesia o patrocinado por personas adineradas. Otro de Mutualismo que como nos cuenta el autor, concentraba a los trabajadores con un salario más o menos estable, que les permita acceder a las sociedades de ayuda mutua para recibir asistencia médica en situaciones de necesidad. La higiene y la atención privaba profesional, consistía en pagar por los servicios de sanidad y agua destilada, además de la asistencia de un médico titulado, servicios que eran costosos para la época, apoyada en el cambio de mentalidad medica hacia la revolución microbiológica (Collard, 2010). Por último, la medicina popular consistía en el

conocimiento común sobre la utilización por parte de los nativos y colonos, no profesionales en el ramo dada la composición étnica de la población se automedicaban o recurrían a las prácticas tradicionales para sanar sus aquejos médicos.

El sistema de seguridad social hasta 1945 se caracterizaba por ser un régimen difuso de carácter privado (MONSALVE, 2009, págs. 61-133), promovidas por las calamidades públicas a través de las justas de socorro. Los hospitales generalmente correspondían a la iglesia católica y se encargaban de asistir las enfermedades con el apoyo de los pocos médicos de la época.

Igualmente, durante el transcurso del siglo, la reforma a la Constitución vigente a ese momento que incluyó dentro de la constitución de 1886 la regulación en salud como materia pública fue la realizada en el año de 1936, la cual en su artículo 16 prescribía “*la asistencia pública es función del estado*” (Restrepo, 1995, pág. 443) en donde establecía un auxilio de bienestar a los desfavorecidos.

Tal reforma impetró en la constitución las luchas sociales encarnadas por URIBE URIBE en donde la proliferación de las pugnas laborales de los trabajadores, habían desarrollado ya las leyes 133 de 1931 sobre el seguro de vida y accidentes de trabajo, ley 10 de 1936 sobre el auxilio de enfermedad o la ley 35 de 1939, por la cual se establece el descanso remunerado de los trabajadores en algunos días de fiesta y cuya visión era la de disminuir los accidentes de trabajo y proteger a los trabajadores del sector industrial, mayormente sindicalizados para la época (ROMERO, 2000, pág. 66).

Como lo referencia el profesor Arenas Monsalve (GERARDO, 2019) es de reconocer los auxilios gubernamentales al Hospital San José que mediante Ley 65 de 1911, logrado por las

luchas sociales de la época, que asistieron económicamente a esta entidad de salud con recursos públicos para su funcionamiento principalmente dirigido a la beneficencia.

Desde el año 1928 se plantea la necesidad de regular la seguridad social de los trabajadores, debido al crecimiento de organizaciones sindicales con ideales marxistas y socialistas, esto ocasionó el llamado “golpe del cuartel” durante la administración López Pumarejo materializado por la ley 6 de 1945, que regulaba las prestaciones patronales como auxilios por enfermedad, mientras se establecían los seguros sociales, siendo una ganancia importante para la salud soportando parte de los costos que implicaba para el momento al acceso a la salud en la época (GERARDO, 2019).

Luego se promulgó ley 90 de 1946 que creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y concretó el seguro social para los trabajadores cubriendo enfermedades no profesionales y maternidad, invalidez y vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la muerte, así mismo, en su artículo 38 establece en el nivel de prestación de salud las contingencias de enfermedad no profesional que consistía en la asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica por veintiséis semanas, así como un subsidio por 180 días, hospitalización y subsidio por incapacidad (1946, 1947), este sistema era financiado a través una triple contribución forzosa a cargo del Estado, los empleadores y trabajadores.

Esta ley permitió un considerable avance en el aseguramiento de las contingencias (Mesa, 2013, pág. 47) de los trabajadores dependientes, en donde en su concepción se determinaba como asegurados. Dentro de la lexicología utilizada determinaba su carácter individual y prestacional de un acaecimiento conforme a un contrato de seguro, encaminando así las acepciones de la salud, comportando criterios prestacionales poco garantistas con carácter de asegurados a los aportantes

al sistema, asumiendo la enfermedad como un acaecimiento anormal de la vida humana que afectaba la producción industrial por lo cual el trabajador debía arrojarse los costos que su enfermedad provocara que no estuviesen cubiertos por el sistema de seguridad social (Pérez, 1994, pág. 185).

Dentro las concepciones establecidas desde la ley 90 de 1946 (Ley 39 de 1969. ARTÍCULO 3o. , 1969), se establecían las contingencias aseguradas dentro del sistema de protección de la salud, lo cual ha determinado un encause interpretativo desde entonces, donde el aseguramiento de contingencias se mantiene en el sistema normativo dispuesto por la ley 100 de 1993.

Luego de ello con la ley 39 de 1969 la organización del sistema hospitalario en cuatro niveles de atención perteneció, como parte del enfoque garantista de la época, a la protección de los derechos de segunda generación, por lo que cobran gran importancia dentro del sistema de aseguramiento por enfermedad no laboral en donde es meritorio de esta ley establecer aportes estatales a entidades privadas para el ejercicio de los planes hospitalarios (Decreto 53 1975).

Más tarde tras el Decreto 56 de 1975, el sistema nacional de salud fue manejado por el Ministerio de Salud Pública. Sobre esta época de regulación y organización del sistema de salud, las garantías establecidas en el ámbito personal siempre se mantuvieron, en donde la ampliación de servicios médicos se mantuvo como un seguro de contingencias no laborales.

En el año 1979 encontramos el primer acercamiento normativo a la noción actual de derecho colectivo, esto con la Ley 9 de 1979 que reglamentó aspectos relacionados con el cuidado de varios ámbitos sociales a fin de prevenir las enfermedades a nivel colectivo, como el derecho al medio ambiente sano, prevención de la contaminación del agua de consumo humano, calidad del agua

potable, actividades permitidas cerca de las fuentes del recurso hídrico, manejo de alimentos y materias primas en las industrias, cuidados en el área farmacéutica y en general las medidas a tener en cuenta en materia de higiene y salubridad, así mismo, estableció sanciones para las personas o empresas que incumplan estas disposiciones.

Luego con la ley 10 de 1990, la cual determinó su organización por niveles, nacional, seccional y local¹, permitieron la función como dependencias administrativas de los Hospitales, los centros de salud locales, logrando el acceso al servicio médico a personas del sector no laboral, las cuales ejercían actividades no dependientes, por lo cual los servicios médicos estaban a cargo del estado (ley 10 1990).

En su gran enfoque organizacional el mayor avance fue determinar en su artículo primero el servicio de salud como un servicio público, gratuito, con solidaridad comunitaria (ley 10 1990), sin embargo, se puede evidenciar que el Estado se ocupada de la Salud desde una perspectiva global, con la prevención de epidemias, mejoramiento de la salud pública, sanidad y demás, pero no tenía ningún contenido individual puesto que las personas accedían al servicio según su capacidad de pago

Con la constitución de 1991, la cual representó un avance garantista, al incorporar en su compendio en el artículo 48 la salud como un derecho colectivo y en su regulación regresó al sistema alemán de contingencias (Estada, 2004, pág. 95) dentro su organigrama y no fue sino hasta la reforma del acto legislativo número 2 de 2009 en el cual se estableció como servicio público a cargo del estado.

¹La concepción del Servicio Público de Salud en esta ley estaba contemplada que la prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional y administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas

1. Consolidación del sistema de aseguramiento.

La Constitución Política de 1991 estableció el derecho de todos los colombianos a la atención a la salud como un servicio público cuya prestación se realiza bajo la dirección, coordinación y control del Estado con la participación de agentes públicos y privados (Guerrero, Ramiro; y otros, 2011), así, el artículo 48 constitucional definió la seguridad social como un servicio público de carácter irrenunciable y bajo el criterio de progresividad, el siguiente artículo 49.

El sistema de Salud Colombiano nace con la expedición de la Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”* que creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia integrado por tres sub sistemas, estos son, el de pensiones, riesgos profesionales y el tratado en el presente estudio, el sistema de Salud que se encuentra en el Libro II, Artículos del 152 al 248 cuyo objetivo es regular el servicio público esencial de salud y garantizar las condiciones de acceso a toda la población en todos los niveles de atención y cuyos principios son: Universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, enfoque diferencial, equidad, calidad, eficiencia, participación social, progresividad, libre escogencia, sostenibilidad, transparencia, descentralización administrativa, complementariedad y concurrencia, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención y continuidad.

Con la expedición del marco general de la seguridad social mediante la expedición de la ley 100 de 1993, el sistema de salud fue integrado al sistema general de seguridad social, compilando y reformando los principales aspectos de la atención médica y permitiendo a las empresas privadas

hacer parte del sistema de aseguramiento, para que por su intermedio se integraran las redes de servicios de atención médica a los afiliados.

Este sistema determina un rompimiento de la llamada salud pública o programas de salud social, de la atención individual, principalmente por procurar el financiamiento y políticas de atención y prevención por fuera del marco general de atención. Así en Colombia la salud contiene dos regulaciones distintas, una mediante el aseguramiento o de atención individual y otra, que es una política social de atención a través de planes de promoción y atención primaria en salud.

Así, dentro del plan de atención, están previstas contingencias de natalidad y embarazo, el acceso a servicios de pediatría como atención especializada. Los procesos de políticas públicas que orientan la acción administrativa a largo plazo hacen parte de un conjunto normativo distinto ya que su desarrollo se dio a través de la función pública de la salud con la Constitución de 1991 por ejemplo la ley 1438 de 2011 de atención primaria en salud o pero no hace parte de este sistema de atención en salud o los programas permanentes salud pública, estilos saludables, actividad física, alimentación, vacunación, enfermedades no transmisibles, prevención del cáncer salud nutricional, entre otros, ya que su fuente de financiación es el Plan General de Participaciones o recursos propios de los municipios y departamentos, dependiente de los planes de gobierno vigentes en cada época.

Esto corresponde al sistema general del aseguramiento, sin embargo, la ley 100 en su artículo 169 contempla planes voluntarios de salud, donde el total del costo contratado es asumido por el afiliado y permite el acceso a planes complementarios de servicios.

El sistema está compuesto por dos regímenes; el primero es el contributivo que obliga a afiliarse a todos los asalariados, pensionados y trabajadores independientes con ingresos iguales o

superiores a un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, donde deben aportar al sistema un 12.5% de sus ingresos laborales, sin embargo en el caso de los pensionados y trabajadores dependientes solo pagan el 4% de sus ingresos, puesto que el restante 8.5% lo pagan los pagadores de la pensión y los empleadores respectivamente, para el caso de los trabajadores independientes deben cotizar la totalidad de la contribución, es decir el 12.5% de sus ingresos.

El segundo régimen es el subsidiado que, bajo el principio de universalidad de la salud, atiende a todas aquellas personas sin capacidad de pago, por lo general, lo componen los grupos poblacionales más vulnerables y sujetos de especial protección constitucional, esto es, víctimas, desplazados, discapacitados, tercera edad, niveles más bajos en el Sisbén, además de lo anterior existen varios regímenes especiales para determinados grupos poblacionales como son los integrantes del magisterio, las fuerzas militares, Policía Nacional y la Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL), entre otros.

En armonía con el mencionado principio de universalidad de la salud, existe un régimen de atención global de protección familiar, donde debe existir al menos un cotizante en el régimen contributivo, o un núcleo familiar sobre el cual los programas de priorización atienden a cada miembro con un modelo de acceso distinto.

Cada usuario del sistema de salud, sea del régimen contributivo o subsidiado está en libertad de escoger la EPS (Entidad Promotora de Salud) que quiera afiliarse, siempre y cuando la respectiva EPS haga parte del régimen subsidiado o contributivo, según el caso.

Las entidades promotoras de salud tienen a cargo el aseguramiento de la población y están en la obligación de suministrar los servicios de forma integral cubriendo como mínimo el Plan Obligatorio de Salud (POS), para esto, ofrecen una red de Instituciones Prestadoras de Servicios

de Salud (IPS) públicas o privadas compuestas por hospitales, clínicas, laboratorios, consultorios y aquellos profesionales de la salud que ofrecen sus servicios de atención en salud

Este sistema es administrado por entidades públicas o privadas (EPS), los cuales están encargados de la administración de los recursos del régimen subsidiado y a través del mercado regulado, ofertar por contrataciones de servicios con las empresas prestadoras de salud (IPS). El principal papel de las empresas promotoras de salud (EPS), es la de tener a disposición del afiliado una red de servicios suficiente para garantizar el acceso a la atención médica requerida, conforme el plan de salud obligatorio (POS).

Los cotizantes del régimen contributivo deben pagar cuotas moderados y copagos que ayudan con la financiación del sistema, estos los realizan en el régimen contributivo los familiares de las personas cotizantes, en el régimen subsidiado se tiene en cuenta el respectivo nivel del SISBEN, donde los del nivel 1 y 2 tiene subsidio total de los servicios y los del nivel tres pagan solo de manera excepcional por algunos de estos.

Otras de las normas que regulan actualmente el sistema de seguridad social en salud son el Decreto 1757 de 1994, por el cual se organizan y se establecen las modalidades y formas de participación social en la prestación de servicios de salud; el Decreto 1485 de 1994, por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud; el Decreto 1283 de 1996, por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud; el Decreto 882 de 1998, por el cual se fija el margen de solvencia que asegura la liquidez de las Entidades Promotoras de Salud y Administradoras del Régimen; y la Ley 715 de 2001, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias, entre otros.

En el año 1945 cuando la humanidad venía consternada por los horrores de la segunda guerra mundial, 51 estados, incluido Colombia, deciden firmar la Carta de las Naciones Unidas en la ciudad de San Francisco, Estados Unidos, donde establecieron la Organización de las Naciones Unidas con el fin de terminar con la guerra y establecer mecanismos para solucionar las controversias internacionales por medios pacíficos, fue así como tres años después, el 10 de Diciembre de 1948 en la ciudad de París la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos estableciendo en su artículo 22 que *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional...”* y en su artículo 25 que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”* reflejándose la salud como un derecho humano universal social ligado a otros como la alimentación, asistencia médica, vivienda y demás.

En esta misma anualidad, en la ciudad de Bogotá D.C. se celebra la novena conferencia internacional americana en donde se aprueba la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) que incluyó el derecho a la preservación de la salud y al bienestar a través del artículo 11 que reza *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”*, se puede evidenciar la noción y enfoque de carácter social y colectivo que desde las disposiciones internacional se le da al derecho a la salud y el reconocimiento de la carga conjunta que existe entre el Estado y la comunidad de garantizarlo con sus recursos en la medidas de sus posibilidades.

También Colombia hace parte de los Convenios de Ginebra del 1949, ratificados en 1961, considerados la base del Derecho Internacional Humanitario y los primeros instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos bajo circunstancias de guerra, el primero de estos convenios es el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña de 1864 que frente al tema del derecho a la salud consagró en su artículo 3 que el *“conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”, cada una de las Partes en conflicto tiene obligaciones para con la salud de los heridos y enfermos, tanto con la de quienes participan en las hostilidades, como con la de aquellos que no”*.

El tercero de los Convenios de Ginebra es del año 1929 y la mejora de la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra en donde se señala el derecho al cuidado de la salud de todo prisionero de guerra independientemente de las circunstancias de la misma.

También el cuarto Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra de 1949 establece la obligación de brindar tratamiento médico y asistencia hospitalaria a los extranjeros que se encuentren en el territorio de una parte del conflicto cuando así lo requieran (artículos 38 y 81), derecho del que también gozan las personas protegidas inculpadas (artículo 76). Por otro lado, en sus artículos 91 y 92 se integran disposiciones específicas a la higiene y asistencia médica.

Mas adelante, en el año 1959 hubo un gran consenso entre las naciones para la protección internacional de los principios fundamentales de los derechos del niño con la firma de la Declaración Universal de los Derechos del niño que consagró varios derechos como a una

alimentación, vivienda, atención médico y derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia, donde también se evidencia que frente a la salud su noción era social y por ende se protegía con el cuidado de otros derechos como la vivienda, alimentación, etc.

Las Naciones Unidas, 18 años después de la Declaración, es decir, en 1966 establecieron dos tratados internacionales sobre derechos humanos, el primero fue el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde las Naciones Unidas determinaron que los Estados Partes en este Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, estableciendo medidas para *a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad* (PIDESC, 1966).

Es por ello que se presenta la salud desde un concepto colectivo, donde la actividad administrativa y la capacidad de hacerlos efectivos a través de la acción judicial, representan la obligatoriedad para el estado (por ser parte de los tratados internacionales) a encaminar acciones de protección general, que al igual que la protección particular como derecho fundamental, representan el esfuerzo a la concreción de un estado de salud óptimo.

Del mismo modo el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12, el Derecho internacional de los Derechos Humanos son estudiados ampliamente²

² Ver también inciso I. IV apartado e del artículo 5 de la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, en el apartado f del artículo 11 y 12 de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1979, artículo 24 de la convención sobre los derechos del niño de 1989; carta de social europea de 1961, artículo 11, artículo 16 de la carta africana de los derechos y los pueblos de 1981 o el protocolo adicional de la convención americana sobre los derechos humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales de 1988, artículo 10, la declaración

por las observaciones generales N° 3 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para la aplicación del Derecho a la salud como Colectivo donde enfatiza la obligación de los estados para promover políticas permanentes y progresivas que contengan medidas deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud, estas medidas contemplan además características generales que son dispuestas por la observación general número 14.

El segundo pacto adoptado por las Naciones Unidas en el año 1966, es el denominado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en donde se proclamó que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y que nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos, además se estableció el carácter programático para la protección de estos derechos, es decir, que el estado debía garantizarlos dependiendo del nivel de los recursos y que sus disposiciones deberían ser cumplidas de forma progresiva con el paso del tiempo.

Otro de los estamentos internacionales que protegen el derecho colectivo a la salud es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas aprobada en el año 1965 y aprobada en nuestro ordenamiento interno a través de la Ley 22 de 1981³, que dispone en su artículo 5, literal e, numeral 4 la protección de ciertos derechos económicos, sociales y culturales específicamente “*El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales*”.

de Viena de 1993 resolución 46/119 de la asamblea general de Naciones Unidas en 1991, la proclama de acción de la conferencia internacional sobre población y desarrollo, entre otros .

³ Ley 22 de 1981: por medio de la cual se aprueba "La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial", adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2106 (XX) del 21 de diciembre de 1965, y abierta a la firma el 7 de marzo de 1966.

En la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo Social de 1969 proclamada por las Naciones Unidas en la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969 se dispone como uno de sus objetivos en su artículo 11 *“La provisión de sistemas amplios de seguridad social y los servicios de asistencia social y el establecimiento y la mejora de sistemas de servicios y seguros sociales para todas aquellas personas que por enfermedad, invalidez o vejez no puedan ganarse la vida, temporal o permanentemente”* y señala como medio y método, para lograrlo, en el artículo 19 la adopción de medidas para garantizar gratuitamente servicios sanitarios, médicos, preventivos y curativos, rehabilitación de personas mental o físicamente impedidas de forma gratuita para toda la población.

Una de las Declaraciones internacionales más importantes para el derecho colectivo e individual a la salud es la Declaración de Alma Ata o Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de Almá Atá realizada en Kazajistán en el año 1978 que presentó la salud en su integralidad como un derecho y deber en lo individual y colectivo, conclusión evidente con la lectura de su artículo I que menciona:

La Conferencia reitera firmemente que la salud, estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental y que el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de muchos otros sectores sociales y económicos, además del de la salud.

Así mismo, señala el artículo 5 que *“El pueblo tiene el derecho y el deber de participar individual y colectivamente en la planificación y aplicación de su atención de salud.”*

En el año 1982 la Organización de Naciones Unidas adoptó la observación general sobre el derecho a la vida donde se distingue el derecho a la vida con el derecho a la salud, sin embargo, se evidencia que, para salvaguardar el derecho a la vida en cualquiera de sus formas, los estados partes deben procurar por la garantía del derecho a la salud desde un punto de vista preventivo.

En la Convención sobre los Derechos de los niños del año 1989 donde los estados partes de comprometen a garantizar el nivel mas alto posible de salud para la niñez a través de servicios de tratamiento y rehabilitación de enfermedades indicando que ningún niño podrá verse privado de los servicios médicos y sanitarios suficientes para salvaguardar su derecho a la vida a través de la protección del derecho a la salud con una mirada individual y colectivo.

Nuestro país también hace parte del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, compuesto por cuatro pactos internacionales a saber: 1. Carta de la OEA del año 1948, 2. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de esta misma anualidad, 3. Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1947 y la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969, este último, estableció de manera taxativa la protección de los Estados partes del Derecho a la salud en su artículo 10 que señala:

Artículo 10: Derecho a la Salud

“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización

contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”

Este artículo es de suma importancia para el presente estudio, puesto que refleja la integralidad del derecho a la salud ya que protege al individuo desde el ámbito social (colectivo) mental y físico (individual) estableciendo la atención primaria en salud, las medidas sanitarias adecuadas, la cobertura total para todos los habitantes, la indemnización por enfermedades, la prevención de las mismas y la protección especial para los grupos poblacionales más vulnerables, lo que significa que el Estado Colombiano como miembro de este pacto internacional está en la obligación de cumplirlo frente a sus habitantes en su totalidad y establecer los medios legales administrativos idóneos para que los ciudadanos exijan la protección del derecho.

Adicional a esto, tenemos otros instrumentos internacionales que protegen el derecho a la salud como individual y colectivo, como la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares que dispuso en su artículo 28 que *“los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate”* resultando de gran relevancia para la actualidad con la migración de gran cantidad de ciudadanos venezolanos a nuestro país que requieren la integralidad de los servicios médicos y que la única alternativa que tiene para lograr la atención primaria es el mecanismo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política; en el año 1991 se integraron los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental; en el

año 2002 se adopta la Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento y finalmente en el 2006 la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

SISTEMA DE ASEGURAMIENTO Y SU RELACION CON EL DERECHO A LA SALUD

Según lo consagrado en el artículo 334 superior la dirección general de la economía está a cargo del estado quien debe garantizar la continuada prestación de los servicios públicos y privados con prioridad para el gasto publico social así como el mejoramiento y aumento de la calidad de los servicios prestados, de igual forma el articulo 336 dispone que *“las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud y las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación”* de donde tenemos los primeros ingresos a favor del sistema de salud actual.

Otra fuente de financiación para el sector salud se genera con la creación del Sistema General de Participaciones (SGP) a través del artículo 356 constitucional modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 01 de 2001 y el artículo 1 del acto Legislativo 4 de 2007 que los Recursos del SGP a favor de los departamentos, distritos y municipios deberán ser destinados para el sector salud, educación y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, la distribución y vigilancia de estos recursos será reglamentada por la Ley.

En desarrollo de estas disposiciones tenemos la Ley 715 de 2001 que dispone la participación en salud destinando un 24.5% para este sector, reglamentada en el Título III, en donde se definieron las obligaciones con el Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de

nación, departamentos y municipios, a estos últimos les corresponde financiar y cofinanciar la afiliación al régimen subsidiado de la población más vulnerable. Frente a la distribución de estos recursos prescribe el artículo 47 que el 87% se destinará para el componente de aseguramiento en salud de los afiliados al régimen subsidiado, 10% para el componente de salud pública y 3% para el subsidio de la oferta.

El sistema está financiado por los aportes hechos por las personas que integran el régimen contributivo y recursos del Gobierno Nacional, que van directamente al FOSYGA y éste de encarga de distribuirlos a las EPS según la cantidad de afiliados que tengan en cada uno de los regímenes, luego, las EPS pagan los servicios a las IPS bajo las modalidades de retrospectivo por evento, prospectivo por grupo diagnóstico y por capitación a los prestadores de determinados servicios.

Los recursos para el financiamiento del RS son reunidos a través del (Fondo de Seguridad y Garantía) FOSYGA y equivalen a uno y medio puntos porcentuales provenientes de 12.5% de la cotización del régimen contributivo que se suman a fondos provenientes de otras fuentes fiscales y parafiscales (Guerrero, Ramiro; y otros, 2011).

Una mirada general del funcionamiento del derecho de la salud, puede comenzar con dilucidar que el sistema de protección y garantía, dentro del compendio establecido para la salud, está asentado sobre el concepto de aseguramiento individual, y no se estableció una distinción de la garantía fundamental para con la protección colectiva de la salud (ley 1751, 2015), ya que el sistema de aseguramiento de contingencias, comprende los aportes individuales en una cuenta solidaria y no pertenece a una política pública que pretende proteger la salud en su contexto esencial sino prestacional.

Desde este asunto, se analizaron las principales implicaciones del derecho colectivo de la salud, dándole una mirada inicial desde la filosofía, pues, las normas que regulan la salud, como fuente formal del derecho, le pertenecen una autonomía, no solo de formación sino de acción, como principal característica de su vigencia, donde el debate positivista presentado por BOBBIO contempla desde la plenitud del ordenamiento jurídico las dificultades de un sistema jurídico sobrepasado por la praxis, donde para la corriente exegética (Bobbio, EL POSITIVISMO JURIDICO , 1993, pág. 210), que según Radbruch (citado por Bobbio), sería un sistema integral aquel “*donde la ley carezca de lagunas, que sea clara y sin residuos oscuros*”.

La integridad del ordenamiento de la salud presenta vicisitudes de interpretación basadas en la falla legislativa, donde la teoría de la norma general excluyente (BOBBIO) a través de la *norma de clausura* presenta una norma implícita en todo ordenamiento jurídico, siempre que esta prescriba un silogismo perfecto, situación que no se presenta en el ordenamiento establecido para la salud.

Estos aspectos dentro de la aplicación del derecho colectivo a la salud, son aprovechados cuando las particularidades de la concreción de un derecho colectivo, están representadas en preceptos generales donde en su concepción pretenden ejercer una potestad legítima ante la organización ejecutiva de tal modo que conciben una protección a un conglomerado social, puesto que al no determinar una consecuencia explícita o implícita, conforme a la *norma de clausura*, son interpretados como derechos fundamentales.

Las herramientas de interpretación, validas todas conforme a su ejecutor, presentan metodologías distintas para conservar la integralidad del mandamiento sin estudiarle en su

contexto colectivo porque al realizar la distinción en su aplicación particular, resulta siempre su protección como fundamental, ya que están estructurados sobre la decisión de un caso particular.

El criterio de fundamentalidad del derecho a la salud deviene de una necesidad de proteger las condiciones necesarias para la vida y depende las circunstancias del caso, ya que la protección del derecho a la salud comprende distintas acciones, en donde en su mayoría condenan a agentes del estado que administran el sistema de salud o al estado mismo a tomar determinadas medidas necesarias para garantizar condiciones mínimas de vida, es decir que *“la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.”* (Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ , 1992)

Desde esta argumentación, la corte presenta en un primer momento, la salud como un derecho por conexidad, el cual claramente se apropia como un derecho implícito que pertenece a un ámbito conductual del ser humano, que sin ser explícito es aplicada y legitimada (FULLER, 1968)

En este sentido, se entiende, además, que el criterio de conexidad corresponde a una situación y no a una consecuencia dispuesta dentro del ordenamiento como obligatoria por lo que el estudio de los contextos que generaron la violación de los derechos inalienables es un desarrollo del conglomerado.

Este criterio fue estudiado y se consideró que la vida y la salud mantienen una conexión intrínseca y corresponde su protección de forma específica, puesto que si no fueren protegidos correspondería una amenaza o vulneración concomitante de uno u otro *“Es el caso de la salud,*

que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida”., (T-2193, Sentencia, 1992)

Es precisamente la interrelación que existe entre establecer los criterios que identifican a la salud en su contexto colectivo y la concreción de la salud como derecho fundamental la que luego es determinante para la formulación que permite determinar la violación de la salud como criterio fundamental, siendo la fuente de tal violación el desconocimiento de los criterios globales de la salud, pero que su acción particular pretende siempre la protección individual.

La seguridad social y la salud comportan claramente un criterio de interrelación, con normas definidas que por conexidad le es garantizado como derecho y que por ser un precepto abierto dispuesto para la realización de un derecho fundamental que debe protegerse, como en el caso de la salud, no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría, que, a pesar de no estar dispuesto como tal en la Constitución, debe establecerse claramente su garantía en las normas.

Cuando sintetiza el problema se puede analizar desde la perspectiva que hay fallas normativas que implican una violación al derecho a la salud, todos los problemas convergen en uno solo, las fallas de regulación y la incapacidad de unir las necesidades públicas de protección mínima efectiva, con las capacidades generales de acción de Estado, es decir que existen en realidad dos sistemas de salud, uno que pretende garantizar la atención bajo las contingencias aseguradas o de atención y otro cuyo fin es establecer estándares administrativos que permitan que dichas contingencias sean prevenibles o disminuyan es decir de prevención, dejando las acciones judiciales de tutela para proteger el derecho a la salud como subsidiarias dependiendo de las circunstancias especiales que se presenten por fuera de alguno de ambos sistemas.

El proceso de diseño institucional corresponde a la capacidad de organizar la actividad normativa del estado dentro de las cláusulas generales de competencias, ya que la capacidad de los tribunales al resolver situaciones específicas, puede conllevar a solicitar acciones concretas que resuelvan una situación jurídica inter comunis, que para el caso de la salud se han impartido bajo condicionamientos claros siempre *“dentro del sistema concebido por la Constitución y desarrollado por la Ley 100 de 1993 y normas posteriores, puesto que excedería la competencia de la Corte ordenar el diseño de un sistema distinto, puesto que dicha decisión compete al legislador”* (T- 760 de 2008).

Desde este punto, y a través del reconocimiento que la salud bajo un criterio jurisprudencial correspondería a un estado variable de afectaciones múltiples (T- 760 de 2008) cuya incidencia en mayor medida corresponde a la decisión sobre casos específicos, es decir que la misión institucional de articular acciones generales que permitan la articulación entre los dos sistemas de salud, el de atención y prevención ya que se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la ‘ausencia de afecciones y enfermedades’ en una persona. Siguiendo a la OMS, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es ‘un estado completo de bienestar físico, mental y social’ dentro del nivel posible de salud para una persona”.

La salud es entonces un camino cuyo fin es el estado mayor de bienestar y por su desarrollo social debe comprenderse, en primera medida, desde la capacidad organizativa de presencia de estado en su territorio, es decir que la concepción administrativa de un sistema de aseguramiento de contingencias o de asistencialismo universal.

Para ello, los preceptos establecidos desde la exegesis o desde la ponderación, comportan una variación siempre correspondiendo a la especificidad de la praxis que plantea transformaciones sustanciales dentro del derecho administrativo visto como representación del actuar estatal y de forma particular ente situacionales que representen un caso que amerite una decisión judicial, los que ejecuten o evidencien la necesidad constante de transformación mediante el sistema de ponderación.

Por ello es que los modelos asistencialistas de atención fueron reevaluados dentro de los sistemas políticos administrativos, los cuales fueron revalorados desde que la crisis del estado de derecho por los regímenes totalitaristas del siglo XIX, los Estados ya que “no rompieron su techo y no fueron capaces de superar la concepción de los derechos como producto o consecuencia de la voluntad del Estado” (ZAGREBELSKY, 2007, pág. 50).

De esta perspectiva se colige que el estado de salud de mayor bienestar, corresponde directamente al estado, donde le compete la concreción de derechos fundamentales y la programación administrativa dirigida a disminuir las condiciones que atenten contra ellos. Así, la acción administrada por parte del estado encaminada a la mitigación de las infracciones de los derechos fundamentales también le es obligatoria al ejecutivo, ya no por vía de protección individual, sino de planeación, instrumentación y actividad administrativa, para lo cual los instrumentos internacionales orientan tales obligaciones de carácter universal.

Así que es distinto pretender la protección de un derecho fundamental de la salud, a solicitar la garantía general, puesto que la primera contempla un estado mínimo de atención y protección y la segunda un deber de acción progresivo tendiente a su garantía permanente a todos los habitantes del territorio.

Los organismos internacionales comprendían la importancia de los derechos colectivos como las formas de enmarcar el accionar Administrativo de sus estados miembros, gracias a la crisis del estado liberal y como principal fuente del estado social de derecho contemplado en la constitución de 1991.

Sin embargo los criterios funcionalistas (Pacheco, 2003, pág. 43) de interpretación sobre caracteres sincréticos, se han hecho cualitativos en la fenomenología que implicaba la falta de un derecho fundamental de la salud (ley 1751 de 2015) y han tomado esta garantía por la vía de conexidad, o por tratamiento de personas de especial protección o como derecho regulado en la norma estatutaria, pero que en su actividad, el derecho a la salud desde su concepción colectiva, representan una funcionalidad mayor, incluso vinculado con la seguridad social, no solo representando en su acción, sino por su relación con un derecho distinto dentro del mismo Pacto Internacional de Derecho Humanos, ya que el proceso progresivo de acceso a bienes y servicios ha sido un proceso disperso muy dependiente a las capacidades de los entes territoriales y a los procesos de priorización de acción en el marco de cada plan de desarrollo nacional.

Las fórmulas de estructuración de la seguridad social como un sistema integrado de aseguramiento de contingencias ha sido el modelo escogido para la protección de una necesidad humana incidente de forma directa en distintos aspectos sociales como los niveles de productividad, índices de empleabilidad y subempleo o las cifras de personas en edad de pensión que son cobijados con los aportes de los cotizantes ya que uno de los principios fundantes e importantes del sistema de protección social es la solidaridad. Es decir que la seguridad social, el acceso a los trabajos formales, dentro de los programas de seguridad social como un principio fundante de la Constitución de 1992 (T- 760 de 2008), esto demuestra que hay distintos actores

dentro del proceso de articulación institucional de aseguramiento de contingencias, para este caso la vejes.

La conformación del derecho Fundamental no desprende ni desarticula el criterio de conexidad de la salud como derecho colectivo con otros derechos⁴, ya que, por su fuente, el derecho a salud ha tenido un desarrollo y funciones distintas a las que determina el derecho a salud como derecho autónomo y fundamental.

Los derechos colectivos comprenden una limitación al estado de derecho, circunscribiendo la función administrativa del estado para su protección hacia la sociedad, y ya que las contingencias aseguradas dentro del sistema general de salud pretenden la garantía de un derecho fundamental, desde este punto de vista, los criterios de aplicación desde su función principal, evidencian claramente que el derecho fundamental de la salud es distinto a su criterio colectivo.

Siguiendo a Ferrajoli (Ferrajoli, DERECHOS FUNDAMENTALES. En Los fundamentos de los derechos fundamentales , 2001, págs. 19-56), un derecho fundamental es: Un derecho subjetivo, ya sea positivo (de prestación) o negativo (de no lesión), consagrado positivamente en el orden jurídico y que tenga carácter universal es decir que todos los individuos dotados de un status sean titulares del mismo. Status sería el único criterio de discriminación en cuanto a la universalidad de los derechos fundamentales.

Los derechos sociales, económicos y culturales comprenden una dimensión distinta, derivada igualmente de los derechos civiles y políticos del hombre, pero que comprende la cláusula de Estado social, como limite y finalidad de protección en donde tienen la capacidad de mantener

⁴ “Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos.”

mínimas garantías constitucionales dentro de la acción legislativa en términos de configuración social, por lo que su misión esta dirigida a asegurar el mínimo existencial de cada persona (BRENDA, 1996, pág. 533) por lo que el análisis de la salud desde su perspectiva colectiva como derecho independiente, debe separarse de su concepto como derecho fundamental.

Para ello es simplemente comentar que el sistema general de seguridad social en salud está ya regulado por una ley estatutaria, la cual, por su jerarquía normativa, presenta en su artículo 3 un alcance general que reúne a todos los actores determinados por la ley 100 de 1993.

De este modo, hay una composición orgánica que se desprende de la Constitución Nacional, que en su artículo 152 determina un procedimiento más riguroso que las leyes ordinarias, como para el caso la ley 100 de 1993⁵, la cual establece un sistema de seguridad social integral, diseñado para la protección de la dignidad humana y que por su interpretación constitucional hacía falta para dilucidar los distintos aspectos que como derecho fundamental le corresponde a la ley 100 de 1993 aplicar.

La recomposición del derecho a la salud como derecho colectivo, corresponde entonces decantarla desde las garantías internacionales. Ya que la Declaración de Alma Alta (1978) las bases para la puesta en práctica de sistemas de Asistencia Primaria en Salud (APS), donde significa una profundización del compromiso de los Estado a establecer líneas maestras de una política integral destinada a lograr el mayor grado de protección y garantía de acción para la salud humana, desatándose de las situaciones contingibles o de un aseguramiento universal sin garantías de

⁵ Preámbulo de la ley 100 de 1993. "La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad."

protección (Grupo de investigación en derechos humanos y derecho internacional humanitario, 2010).

Los estamentos internacionales establecen estas características del Derecho Colectivo de la Salud, las cuales son interdependientes con la garantía de otros derechos. Esta correlación estrecha es la que ha opacado la aplicación del derecho colectivo, sin embargo, desde la aplicación sistemática se distancian en su aplicación de los derechos fundamentales por su progresividad⁶, propia de los derechos colectivos y por la cláusula de limitación, entendida en la medida que los Estados deberán adoptar medidas conducentes a la realización con los recursos disponibles. En cambio los derechos fundamentales son de inmediata aplicación y de obligatorio cumplimiento (ZUÑIGA, 2010, págs. 230-235).

Es inseparable la relación que los derechos fundamentales guardan con los derechos colectivos pues la realización de un derecho colectivo llevaría a la garantía y surgimiento de los derechos fundamentales, como sucedió en el caso de la salud.

La visión plasmada en la exposición comprende un acercamiento al sistema de aseguramiento desde su conformación, extrayendo sus principios, conforme a la sistemática definición normativa positivizada con el fin de entender los ejes fundamentales en que opera el sistema de salud.

La exposición sistemática del sistema de salud comprende la presentación del régimen de aseguramiento el cual está separado de la garantía fundamental del derecho y desarrollado como componente de la protección progresiva de las garantías fundamentales conexas, como lo son las políticas de salud pública, políticas de atención y prevención de enfermedades y políticas de

⁶ Observación General N° 13 párrafo 43

información del sistema de salud, connotaciones que esencialmente no son fundamentales pero que en su aplicación pretenden la garantía del derecho a la salud como conexo a distintos derechos fundamentales. Para ello se distinguirán sus principales características y principios que componen el sistema de aseguramiento en salud en COLOMBIA, para concluir en la compilación del paradigma del aseguramiento.

En América Latina, la principal construcción del sistema de salud, mantiene la visión cardinal de la enfermedad como patología, la cual dista con la visión moderna de la salud como parte de una política en virtud de su configuración como sistema de atención de contingencias, donde el sistema administrativo mantiene como fundamentales sus fines y misiones de protección.

En este entendido, las transformaciones sociales en América Latina y las confluencias políticas en cada ordenamiento han confrontado la prestación del servicio, entre un esquema de aseguramiento y un sistema público de garantía, como estructuras de un esquema de servicio único de salud.

Desde la perspectiva económica, el sistema de salud puede ser tenido en cuenta como un medio económico, basado en la producción de servicios ya que *puede ser un conjunto dinámico de actividades económicas* (gionalella, 2012, pág. 19) que pueden relacionarse como factor de crecimiento.

Conforme a la presentación del derecho a la salud como un deber de garantía social, es fruto de las pugnas laboristas y como resultado está conformado como un seguro de carácter laboral, el cual *reivindica el papel redistributivo del Estado bajo la forma de prestación de servicios sociales* (Laurell, 2012)

El primer ministerio de salud (MS) de la región latinoamericana es el cubano, que data de 1902, año de la creación de la Organización Panamericana de la Salud como Oficina Sanitaria Internacional y, posteriormente, Oficina Sanitaria Panamericana (1923). En Suramérica surge primero el MS de Chile (1932), luego siguen Perú (1935), Venezuela y Paraguay (1936); el último ministerio creado fue el de Ecuador, en 1967. Simultáneamente, bajo la influencia de las corrientes bismarckianas, se crearon los seguros sociales, pensados para atender a la población asalariada, con relación formal de trabajo, y a veces a su familia. Recordemos que en la Alemania de fines del siglo XIX, ante el auge de la industrialización, las luchas de los trabajadores por mejores condiciones de trabajo, los reclamos de grupos políticos y sectores académicos, se hizo necesario implementar medidas que garantizaran la estabilidad del sistema. (gionalella, 2012)

Este sistema se ha desarrollado conforme al mercantilismo de la oferta de servicios, como una conformación económica de interrelación entre los aportantes, el estado y las empresas que ofertan este servicio, relacionándose entre sí para cubrir las contingencias que afectan la productividad del individuo, ello compromete al aseguramiento para el trabajador a cargo del empleador, de los posibles sucesos que le aparten o disminuyan su capacidad de labor, por ello el sistema de seguridad social en COLOMBIA contiene tres grandes sistemas, salud, pensión y riesgos laborales o profesionales.

Un componente esencial del sistema de seguridad social en salud, es la atención a las enfermedades comunes o no laborales, las cuales afectan al trabajador y que no son contingencias ocurridas en relación con su oficio, por ello de ser cubiertas por él, ya sean subsidiando sus aportes o mediante el régimen privado de pago, dependiendo de su afiliación o contrato de servicios de salud.

El sistema de aseguramiento en salud, es de estimar, está dividido conforme al ámbito de aplicación, existe un marco general y de organización del sistema de seguridad social mediante la ley 100 de 1993, un sistema de atención primaria en salud en la ley 1438 de 2011, donde además de regular otros temas y reformar la ley 100 de 1993, encamina el servicio público de la salud y define el sistema de aseguramiento, igualmente mediante la ley 715 de 2001, reforma y actualiza la forma de financiamiento del sistema de salud, además conforma los servicios de educación y salud, como componentes relativos relacionados con el sistema público de garantía como igualmente es la ley 9 de 1979 que conforma el marco general de política sanitaria, epidemiología, medio ambiente y de aguas.

La conformación de los contingentes que frente al sistema de aseguramiento, ayudaran a dilucidar que este versa sobre un seguro de atención médica, por lo que se hará referencia especial a lo dispuesto en la ley 1438 de 2011, en la cual además modifica los principios rectores del sistema de seguridad social en salud y a la ley 1122 de 2007 mediante la cual se pretenden el fortalecimiento del sistema de salud, encaminamos a la prestación de los servicios de salud.

Es así que el sistema de aseguramiento es la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud (ley, 1122, 2011).

De acuerdo con esta definición, el sistema de aseguramiento en salud comprende el riesgo financiero, riesgo en salud y articulación de servicios, estos riesgos son transferidos al operador

de salud en virtud de la afiliación, ya sea en régimen subsidiado o el contributivo, es decir que el sistema de aseguramiento no es un método de garantía de acción y prestación efectiva de salud, ya que solo comprende un componente de atención y bajo solo una de las contingencias que es la enfermedad. Los componentes asegurables de la vejes y la sanidad pública corresponden a otro marco de acción, a pesar desarrollar el mismo derecho a la salud.

Conforme está dispuesto, el régimen del aseguramiento gravita en torno al financiamiento de la atención mediante la Unidad de Pago por Capitación⁷, lo que claramente es un subsidio al costo de los servicios prestados que están dispuestos en el Plan Obligatorio De Salud⁸, principalmente busca que el funcionamiento del sistema de atención medica cuente con un equilibrio financiero del sistema de salud, conforme a la cobertura de servicios autorizado. Por ello este elemento corresponde a un sistema de intervención donde se subsidia la oferta, por ello es un elemento importante del sistema de aseguramiento.

Este subsidio está directamente relacionado con la oferta de servicios para el cubrimiento de las contingencias, hospitalaria, crónica, especializada y de medicina general, donde la posición del afiliado dentro del sistema asistencial, reconoce al aportante o cotizante como un objeto de cubrimiento o asegurado, el cual obligatoriamente debe estar laborando para realizar los aportes al sistema de seguridad social (ALVAREZ, 2000, pág. 17), con lo cual es clara la interconexión entre el acceso al servicio de salud con la capacidad económica del aportante, por cual el sistema Colombia es un sistema mixto (Laurell, 2012, pág. 3), conforme a ello el sistema de salud del

⁷ La Unidad de pago por capitación (UPC) es el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) para cubrir las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (POS), en los regímenes contributivo y subsidiado. La UPC-Subsidiada, UPC-S, es el valor reconocido para cubrir el POS subsidiado y también es referida como UPC plena o subsidio pleno. Ese valor es definido actualmente por la Comisión de Regulación en Salud-CRES y hoy en día, el Acuerdo N° 19 de 2010 del MINISTERIO DE SALUD.

⁸ Es un documento técnico que determina un listado de medicamentos, procedimientos y servicios que reciben subsidio por UPC, el cual autoriza a su recobro a los diferentes fondos que administran los aportes al sistema de salud, por parte de la EPS al cual pertenezca el afiliado.

aseguramiento tiene participación de entidades privadas y públicas que actúan mediante las funciones delegadas u autorizaciones de funcionamiento.

La organización del sistema de aseguramiento en salud, le corresponde un marco esencial de servicio público, el cual permite la interrelación de actores privados a través de un mercado regulado, el cual está orientado hacia la prestación individual, distanciando de su acción a los planes de salud pública (ISAGS UNASUR, 2012, pág. 360).

Este enfoque plenamente individual es la principal característica del sistema de aseguramiento, el cual, a pesar de contener un plan obligatorio de salud y de ser obligatoria su afiliación, el acceso a los servicios de la oferta no subsidiada, la universalidad de su protección y el acceso a las redes de salud, son temas que este paradigma de atención personal de asistencia médica aparta de la regulación estructural y del financiamiento.

En Colombia no se tenía la percepción de la salud como un derecho. Antes de la Constitución de 1991 se trataba a la salud como una prestación patronal para los eventos donde existía una relación laboral, y en aquellas personas que no tenían los recursos económicos para acceder a servicios médicos privados o por medio de su trabajo, podían acceder al servicio público que brindaba el Estado con sus diferentes entes territoriales. Con la constitución de 1991 se determinó el concepto de salud como un servicio público cuya prestación podría ser realizada por entidades privadas o públicas, bajo la constante vigilancia y control del Estado. No fue consagrada dentro del capítulo respectivo como un derecho fundamental de cada persona, y su regulación fue mediante la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Solo a partir de las interpretaciones dadas por la Corte Constitucional en diferentes sentencias de tutela, y de manera más importante en la Sentencia T-760 del año 2008, se logró

entender a la salud como un derecho fundamental de todos los colombianos, que puede ser protegido y reclamado mediante la acción de tutela. Han sido muchas las oportunidades en la que los colombianos han alcanzado la protección de su salud por medio de esta acción, bajo las apreciaciones de la Corte Constitucional de la salud como un derecho fundamental autónomo, en conexidad y directa afectación con un derecho de mayor jerarquía, o por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional. Bajo estas concepciones se interpretó la naturaleza fundamental del derecho a la salud, sin presentarse una consagración formal o legal que diera por determinada dicha situación.

Luego con la expedición de la Ley Estatutaria del derecho fundamental a la salud N° 1751 de 2015, se reconoció de manera legal el derecho a la salud como fundamental, autónomo sin que haya lugar a alegar la conexidad con el derecho a la vida, esta Ley define el sistema de salud como *“el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud”*(Artículo 4), además reconoce su carácter autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo.

Esta Ley es un gran avance para la salud de nuestro país, puesto que además de reconocerlo como fundamental, eliminó varias barreras para su acceso garantizando su carácter integral y universal, con la eliminación del llamado POS que aparece en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 para el régimen subsidiado y contributivo, dándole más sostenibilidad fiscal en el entendido de que está prohibido negarse a prestar cualquier servicio de salud por motivos económicos o financieros, además intenta fortalecer la autonomía medica que venía viendo afectada por las IPS y EPS.

Uno de los aspectos más importantes de esta Ley estatutaria del derecho a la salud, fue el de reforzar el concepto de integralidad en el entendido de que el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la salud no es únicamente la atención de los pacientes, sino también, la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, recuperación, rehabilitación y paliación de la enfermedad; este concepto de integralidad refleja también un gran avance en la concepción del derecho a la salud como derecho colectivo en nuestro país, puesto que también se estableció el deber del estado de adoptar políticas públicas dirigidas a mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional, prevención de enfermedades, reducción de las desigualdades y en general a promover el mejoramiento de la salud, lo que busca fortalecer más la equidad dentro del sistema.

La Honorable Corte Constitucional realizó estudio de constitucionalidad de la Ley estatutaria del derecho fundamental a la salud mediante la sentencia C – 313 del 29 de Mayo de 2014, Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Marcelo, donde la Corte fue más allá al analizar las principales problemáticas que afronta el país en materia de salud como el acceso inoportuno del servicio, problemas de calidad, ineficiencia en la administración de los recursos, necesidad de un enfoque promocional y preventivo antes que curativo, sostenibilidad económica del sistema, control farmacéutico y tecnología evidenciando así que el legislativo se quedó corto en la formulación de esta Ley, tratándose de un tema tan complejo como es el derecho a la salud.

Uno de los principales motivos del legislador relacionado con la Ley estatutaria de salud es limitar el lucro basado en la enfermedad priorizando garantía de un derecho humano fundamental por encima de intereses económicos de los particulares, por esto la Corte, identificó varios aspectos de este derecho como su naturaleza, contenido, aplicación, definición, obligaciones del estado, derechos y deberes de los usuarios, impacto fiscal entre otros.

Vista esta Ley estatutaria de la Salud desde lo colectivo tenemos que se estableció la carga para el estado de Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales.

Desde el punto de vista cuantitativo podría tratarse bajo la concepción Estado bienestar, es decir se garantizan estándares mínimos a los individuos que habitan en un Estado con el fin de garantizar el goce efectivos de los Derechos; desde el punto de vista Cualitativo, se trata como Estado constitucional democrático, que 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 derechos fundamentales.

En relación a lo anterior, es clara la intención que se tuvo al expedirse la Constitución Nacional de acuerdo a que Colombia es un Estado Social de derecho, ya que el propósito consistía en que las personas entendieran que son titulares de Derechos que pueden exigir de manera directa, siempre y cuando sientan que estos están siendo amenazados o vulnerados y podrían un constituir un daño para ellas. En este sentido, se señala que con la Constitución de 1991 el concepto de Derecho fundamental ha alcanzado un alto reconocimiento, ya que se parte de su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo administrativamente para cumplir con la protección y garantía de las libertades humanas, de acuerdo a esto se estableció un mecanismo de protección inmediata de los Derechos, como es la Acción de Tutela, todo con el firme propósito de promover y garantizar los derechos Constitucionales Fundamentales.

Así mismo, para que un Derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales, entre los cuales se encuentra la conexión directa con los principios Constitucionales, que exista una eficacia directa y el contenido esencial de ese Derecho, es decir

en Colombia para que un Derecho adquiriera la calidad de Derecho Fundamental debe cumplir con algunos de los criterios establecidos para tal fin, en primer lugar deberá existir una consagración expresa lo que traduce a que el Derecho debe estar consagrado textualmente en el grupo de Derechos Fundamentales que la Constitución Nacional señala.

En Segundo lugar, debe existir una remisión expresa a aquellos tratados o convenios internacionales que lo contengan y lo traten como fundamental, por otro lado, en tercer lugar algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. Por último, el carácter de inherente que contiene el Derecho, en lo que refiere que el Derecho no puede existir sin la persona.

Esta concesión busca señalar en primer lugar que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como Fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata, situación que es bastante acertada ya que hay Derechos que, aunque no se encuentre en el grupo de Derechos Fundamentales por su naturaleza Jurídica alcanza esta categoría.

Dentro del análisis la salud como un derecho que no tiene la naturaleza de fundamental, sino que es un derecho asistencial que no se considera de aplicación inmediata, sin perjuicio de que puede tomarse como fundamental en circunstancia que requiera mínimos de atención y se ponga en peligro el derecho a la vida o el mínimo vital, en este caso su carácter prestacional se da por la efectividad a cargo del Estado de crear políticas públicas.

Dentro del análisis de las decisiones de la Corte Constitucional explicó que el derecho a la salud tendría una connotación de derecho fundamental, sin recurrir al factor de conexidad cuando

se trae a colisión el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, esto implica que toda negación de alguno de estos servicios vulneraría un derecho fundamental autónomo el cual sería la salud. Un análisis importante que se planteó frente al hecho de considerar el derecho a la salud como fundamental únicamente cuando esté relacionado con las prestaciones definidas en el sistema de salud y las obligaciones de la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue la relevancia constitucional que tienen estas prestaciones ya que esto define el alcance del derecho a la salud.

La naturaleza jurídica que el Derecho a la Salud alcanzó en relación a lo señalado en el año 1992 por la misma Corporación, la cual correspondía a que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera demostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida, sin embargo, con el paso de los años fue profundizando el concepto.

En este sentido se marcó la diferencia entre los derechos Fundamentales o de primera generación y los derechos prestacionales, económicos o de segunda generación, entre los cuales se encontraba ubicado el derecho a la salud. En relación a lo anterior y con base al estudio normativo que se hizo en esta investigación, es posible observar el interés que ha demostrado que se encuentra inmerso este Derecho que desde un punto de vista subjetivo es inherente a las personas por cuanto se pretende dar bases a una vida en la que prime el bienestar externo e interno de todas las personas.

En desarrollo de la salud como un sistema de protección indica claramente una doble dimensión al derecho a la salud, esto es como derecho Constitucional y como servicio público, lo que significa que como derecho todas las personas pueden acceder al servicio de salud y al hablar

dé servicio público impone como deber al Estado dirigir, reglamentar y garantizar que la prestación de dichos servicios se den conforme a los principios que rigen en materia de salud, esto por medio de políticas públicas encargadas de proteger este derecho y las instituciones estatales encargadas del control y vigilancia del sistema de salud.

La protección que se le debe dar al derecho a la salud se complementa con el ámbito internacional que ha sido progresivo en el reconocimiento de este derecho, su alcance y nivel de protección, un dé estos instrumentos es la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que manifiesta respecto a los elementos que configuran el derecho a la salud y sin los cuales no se puede garantizar la efectividad de este derecho estos son: disponibilidad que se traduce a que exista un número de establecimientos y centros de salud acorde con las necesidades de los ciudadanos, la accesibilidad que se traduce a que todas las personas puedan ingresar a los establecimientos de salud y gozar de los bienes y servicios de salud sin discriminación, esté acceso se debe garantizar por lo cual es deber del Estado garantizar que estos servicios estén al alcance de todas las personas con independencia del lugar geográfico, la aceptabilidad que significa que los servicios de salud se deben prestar de forma que no irrespete la diversidad cultural, por último la calidad que trata del servicio que prestan las Entidades de salud que debe ser apropiado y aceptable.

Así mismo dentro de los incidentes paradigmáticos se presentan cuando las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios de salud no autorizan un servicio que requiere una persona por el hecho de no encontrarse dicho servicio dentro del plan obligatorio de salud. y dicha persona no se encuentra en condiciones económicas que le permitan costear dicho servicio por sí misma. Ante esta problemática precisa al resolver que estas negaciones por parte de las Entidades violaba directamente el derecho fundamental a la salud, se recalca que es derecho

de toda persona acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, por otro lado señala que al no acceder la Entidad prestadora de dichos servicios a prestar un servicio requerido a una persona que no tiene los medios necesarios para cancelar el costo del servicio estaría impartiendo a esta persona cargas que no puede soportar y al mismo tiempo viola el derecho a la salud por negarse a prestar un servicio que se requiere con necesidad. Negar el acceso de ciertos servicios a las personas, e incluso el poder acceder a ellos.

Ante esto fue preciso el análisis que realizó la Corte señalando las obligaciones constitucionales que tienen todas las autoridades que intervienen en el sistema de salud de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud y asegurar su goce efectivo el cual se ve quebrantado al momento de restringir a una persona el poder gozar de un servicio que requiere con necesidad. Respecto al tema de los servicios que cubre o no el sistema de afiliación obligatoria. dentro de su análisis establece que es obligación del Estado establecer de manera clara los servicios que se encuentran inmersos dentro del POS, ya que mantener en incertidumbre a las personas se estaría desprotegiendo su derecho a la salud.

El concepto de Salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, lo que resulta importante comprender por cuanto en muchas ocasiones solo se cree que la salud es la ausencia de alguna afección o enfermedad, esto ha permitido el avance progresivo de este Derecho como derecho fundamental y como servicio público a cargo del Estado.

Es importante señalar que los criterios jurisprudenciales señalan que en principio la salud no fue reconocida con carácter fundamental, sin embargo, resalto que este Derecho era excluido del grupo de Derechos Fundamentales por ser un derecho prestacional, procediendo a su amparo únicamente en los eventos en que se observaban vulnerados conexamente derechos fundamentales

como la vida y la integridad personal, sin embargo, con el tiempo al hacerse exhaustivamente un análisis de su fundamentalidad, se pudo concluir que no podía depender de la manera como se hacía efectivo, esto teniendo en cuenta la naturaleza propia del derecho y la relación directa con la Dignidad Humana, así como también con el derecho a vivir en condiciones dignas primando la calidad de vida de la persona.

El Derecho a la Salud con el paso de los años ha logrado la importancia con la que inicialmente no fue visto, y hoy en día es un Derecho Autónomo que tiene total Independencia frente a otros derechos, teniendo en cuenta que como se define la Salud es ese estado de bienestar completo que permite a las personas tener una vida con condiciones óptimas, y en este sentido el Estado estaría cumpliendo con uno de los fines esenciales del estado de promover el cumplimiento de sus Derechos y de proteger a la comunidad de situaciones que puedan afectar su mínimo vital.

El derecho fundamental a la salud en relación a el diagnóstico efectivo y el principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud en Colombia, lo cual resulta muy importante para este estudio que se ha venido desarrollando a lo largo de este trabajo de investigación, por cuanto en Colombia como se ha precisado si existe un ánimo de protección del Derecho a la Salud, y de lo que conlleva este, es decir que exista una adecuada prestación de servicios, un diagnóstico acertado, sin embargo, la realidad que se viven en algunos Hospitales del país es otra, por cuanto hay manifestaciones que se han hecho públicas para todos por medio de medios masivos de comunicación donde los usuarios se quejan públicamente de las fallas que están ocasionando la interrupción del goce efectivo de su Derecho.

Los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, absteniéndose de limitar el acceso igual de todas las personas, es decir que no exista ningún tipo de discriminación al momento que las personas acceden a un servicio de Salud, en este sentido se indica que para poder

hacer efectiva la materialización del derecho fundamental a la salud es necesario que el paciente cuente con un diagnóstico efectivo, y para que esto se haga posible resulta indispensable, tal como lo manifiesta la Corte, una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, la determinación de la enfermedad que padece y el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud.

Revisado la historia y el desarrollo normativo del derecho a la salud en nuestro país tenemos que desde los mediados del siglo XIX se tuvo en cuenta la primera concepción del derecho a la salud, a raíz de los fuertes movimientos de los trabajadores a nivel mundial bajo ideales marxistas los gobiernos comenzaron tener en cuenta la salud de los trabajadores, época en que por primera vez se consideró el cuerpo del trabajador como un problema social y fecha en que se fijaron sus principios básicos (Maria Rita Bertolozzi & Monica Cecilia de la Torre, 2012) sin embargo, era concebida como un derecho social, es decir, desde el punto de vista de la salud pública y específicamente el periodo “higienista” en nuestro país se propendía por el cuidado de la salud desde el punto de vista social y el primer acercamiento del derecho a la salud como derecho colectivo, con el cuidado del medio ambiente, con la prevención de enfermedades, la protección del hábitat y la garantía de condiciones sanas para los trabajadores.

Los derechos colectivos son derechos humanos específicos de los cuales son titulares ciertos grupos humanos. Los derechos colectivos son parte de los llamados derechos de tercera generación cuyo reconocimiento internacional fue históricamente posterior a la de los derechos civiles y políticos (primera generación) y a la de los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación). (Grijalva) así, los derechos colectivos, sirven de complemento a los de las dos generaciones anteriores en cuanto se refieren a la creación de condiciones concretas para el

ejercicio de estos últimos, para el presente estudio, tenemos que derechos colectivos como al de un ambiente sano sirve de complemento, junto con otros para el derecho a la salud.

La afectación de un derecho colectivo nos perjudica a todos puesto que todos los seres humanos como titulares de estos derechos, es decir que esta inmerso a la calidad de vida por hecho tan solo de permanecer dentro del territorio nacional, porque dicha garantía fundamental pertenece al grado general humano de atención.

En Colombia la Constitución Política de 1991 señala en el artículo 78 y subsiguientes los derechos colectivos y del medio ambiente, así, por ejemplo, el artículo 78 superior señala lo siguiente:

ARTICULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. (cursiva y negrilla propias)

Nótese que la misma constitución en desarrollo de un derecho colectivo como es el de proteger a la comunidad en los bienes y servicios que sean ofrecidos y prestados por entidades públicas y empresas privadas, protege un derecho de, para ese entonces, segunda generación o social, económico y cultural, como lo es la salud desarrollada por el artículo 48 superior que contiene la seguridad social como servicio público de carácter obligatorio.

La Ley Estatutaria del Derecho fundamental a la salud también se encargó de positivizar este derecho como colectivo, atendiendo las diferentes disposiciones internacionales que vinculan a Colombia, así lo dispuso en el artículo 9:

“Artículo 9°. Determinantes sociales de salud. Es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, promover el mejoramiento de la salud, prevenir la enfermedad y elevar el nivel de la calidad de vida. Estas políticas estarán orientadas principalmente al logro de la equidad en salud.

Parágrafo. Se entiende por determinantes sociales de salud aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud. (subrayado y cursivas propias)

Inicialmente el derecho a la salud se tenía en cuenta desde las consideraciones netamente médicas y se desarrollaba en el ámbito general social, así se evidencia en la época higienista y siguientes años, en donde el Estado procuraba la prevención de las enfermedades de la población en general, esto gracias a las luchas de los trabajadores a nivel mundial, que fueron logrando avances importantes, en la prestación de la salud como un servicio y no como un derecho, con el desarrollo de las sociedades este seguro se convirtió en la obligación del estado de prevenir la propagación de enfermedades desde un óptica más colectiva que individual ligando el servicio público de salud con otros derechos y servicios como el del trabajo digno, vivienda, medio ambiente sano, etc.

Al mismo tiempo, a nivel internacional, desde la segunda mitad del siglo XX la normatividad empezó a desplegar desarrollos jurídicos en torno a la preponderancia de los

derechos humanos, de donde se puede colegir que varias de sus disposiciones garantizaban la salud no solo como servicio sino como derecho fundamental individual irrenunciable e inherente a las personas por ello la capacidad de atención es universal y el aseguramiento a quienes aportan al sistema, puesto que los costos provocados por el avance en las técnicas médicas a especializado el servicio y tecnificado su anterior praxis consuetudinaria a una profundamente profesionalizada; el avance en la medicina convirtió el servicio de salud en un sistema que debe solventar los costos de su atención, por ello se afianzo en la teoría de la solidaridad con el fin de cofinanciar dichos gastos, parte el sistema económico de la salud regulado y manejado por el estado y parte el aporte de aquellos que pagan la tarifa del aseguramiento.

Desde esta perspectiva dicotómica en donde la universalidad de protección del sistema de salud como obligación de los estados occidentales, contraponen la conformación orgánica mediante la cual se materializa la atención y garantía. Es decir que si el sistema de aseguramiento universal corresponde a criterios de aporte y sujeción, la progresividad correspondería a un sistema selectivo en donde aquellos que transitoriamente no accedan a sujeción con dicho andamiaje estructurado y se transfiera dicha carga pública a la construcción de infraestructura pública de atención y el deber de coordinación entre instituciones estamentarias mediante la programación de políticas públicas.

Con el pasar de las masivas migraciones y dentro de la coyuntura inesperada de las pandemias se ha puesto a prueba la capacidad del estado de financiar y estructurar nuevas formas de coordinación Estado-Prestadores que permitan que el principio de universalidad de afiliación pueda materializarse. El compendio de normas estructuradas en donde desde el rango Nacional le permitieron ejercer vigilancia y control directo a las secretarías de salud de cada municipio para la distribución de las vacunas en contra del covid 19 es un ejemplo de la hipótesis planteada.

Aunque de forma transitoria y muy específica, los prestadores de salud y las administradoras del sistema se unieron dentro de una estructura improvisada que funcionó de forma simbiótica en donde el derecho prestacional individual coincidió con una imperiosa necesidad de coordinación institucional que permitió la cobertura general en torno únicamente al esfuerzo mundial de prevenir los efectos mortales de la pandemia.

Bajo este entramado simbiótico se comprobó la capacidad de integración de dos situaciones que antes estaban separadas, de un lado la necesidad pública y general (colectiva) de proteger la salud para lo que se estableció un sistema de información conjunta que permitió que los actores privados del sistema garantizaran la necesidad individual (fundamental) de prevenir efectos fatales de una enfermedad en específico.

Con el pasar del tiempo desde las primeras luchas públicas que promovieron un seguro pagado por los trabajadores para mitigar las contingencias laborales de la enfermedad hasta hoy que se puso bajo una dura prueba la flexibilidad, financiamiento y operación del un sistema de salud que en Colombia necesita una reforma estructurada bajo el entendido que mantener a la población lo más sana posible, incidiría directamente en indicadores clave de crecimiento, como lo son natalidad, morbilidad, mortalidad, productividad entre otros incidentales.

Proteger la salud de la población es un deber del estado como garante de un derecho y al mismo tiempo es un factor natural para mantener sus fines dentro de estándares de protección fundamental que califican los estadistas mediante el calificativo de riesgo país. Por ello la importancia de fincar una dogmática interpretativa de rango constitucional sobre los axiomas

normativos que regulan el sistema de salud, lo cual permite reorientar las necesidades colectivas y fundamentales hacia alcanzar el mayor grado de atención, prevención y acceso a la salud.

El desarrollo economicista que evoluciono desde el aseguramiento de la enfermedad como contingencia asegurable a los trabajadores hacia un mecanismo estatalizado mediante un andamiaje administrativo en torno a un derecho más que a una contingencia. La historia de la salud como derecho se ha desarrollado de forma autónoma y diferenciada de las necesidades colectivas de acceso e infraestructura, dicha separación del derecho a la salud como garantía individual esta afianzada en un sistema de aseguramiento.

Las formas de interpretación coetáneamente al calificar la capacidad de las normas de cumplir su objetivo primigenio, en donde el actor activo, entendido como la persona que toma decisiones administrativas, debe tener en cuenta al momento de aplicar las normas en el sentido de entender que el sistema de salud se ha transformado de un sistema de aseguramiento a un sistema de garantía. Por ello se propone una interpretación distinta al sistema normativo de la salud en Colombia, capaz de sustentar decisiones administrativas que coincidan con el andamiaje legal y la necesidad particular o colectiva de acción en torno a garantizar la protección del derecho a la salud.

La finalidad el presente estudio es establecer si de la interpretación constitucional axiológica al aspecto de la salud como derecho, contribuiría a una transformación en la expresión normativa para su aplicación administrativa.

Corresponde esta propuesta a un criterio de interpretación constitucional hecho sobre las normas que desarrollan este mandamiento, por ello es necesario establecer la generalidad de la sujeción normativa entre el derecho a la salud y la descripción intrínseca del paradigma estudiado,

ya que los principios generales y su especificidad ya esta descritos en cada instrumento normativo, pero son los hilos que unen las disposiciones secundarias con la Constitución y por lo tanto se presentaran como parte integral del derecho público los que se discuten.

Para ello, es necesario mencionar que la presente investigación pretende estudiar la garantía de un derecho desde su protección como valor normativo, por ello no hacen parte del desarrollo de esta propuesta, los temas de la especificidad y las compilaciones del actual sistema de aseguramiento, por pertenecer ellos, a la misma corriente de interpretación sistemática que se pretende reconstruir desde los criterios Constitucionales.

Para la estructuración del paradigma de aseguramiento, se estudia desde la visión proteccionista, el cual pretende siempre la garantía constitucional de un derecho, de igual manera este es el instrumento de análisis y de recomposición de la interpretación de la salud como derecho en su faceta colectiva como derecho fundamental.

Referencias

(s.f.).

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ , Sentencia No. T-491/92
REF: Expediente T-2193 (CORTE CONSTITUCIONAL 1992).

1946, L. 9. (7 de ENERO de 1947). Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales . *DIARIO OFICIAL* No 26.322.

ALVARES, M. H. (2004). *La fragmentación de la Salud en Colombia y Aegentina*. BOGOTA. COL: UNIVERSIDAD NACIONAL. primera edicion.

ALVAREZ, H. M. (2000). *RIESGO DEL ASEGURAMEINTO EN COLOMBIA EN 1997*. SANTIGO DE CHILE: NACIONES UNIDAS.

Arenas, J. F. (2017). Recorrido Historico del Sistema General de Salud En Colombia. *Universida Autonoma Latinoamerica*, 17.

Benda, E. (1996). *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona: Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. - Instituto Vasco de Administración Pública.

Blanco Zuñiga, G. (2010). *De la Interpretación Legal a la Interpretación Constitucional*. Bogotá: Editorial Ibañez.

Bobbio, N. (1993). *El positivismo Jurídico*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Bobbio, N. (1993). *EL POSITIVISMO JURIDICO* . UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

BRENDA, H. (1996). "El Estado social de derecho". En: *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons. MADRID: Jurídicas y Sociales S.A.

C-713/12, expediente D-8984 (CORTE CONSTITUCIONAL).

CABRA, M. G. (2006). *TEORIA CONSTITUCIONAL*. En C. P. SCHLESINGER, & C. P. DUSSAN, *COMPILACION DE ARTICULOS Y CONFERENCIAS* (pág. 65). BOGOTA. COL: UNIVERSIDAD DEL ROSARIO.

Collard, P. (2010). *EL DESARROLLO DE LA MICROBIOLOGIA*. Argentina. Recuperado el 23 de SEPTIEMBRE de 2015, de GOOGLE LIBROS: / i-bock/ <https://books.google.com.co/books?id=27Z5S6K5rKsC&pg=PA1&dq=revolucion+microbiologica&hl=es&sa=>

De Ríos, J. F. (2013). *Economía y Financiamiento en Salud*. Buenos Aires: Editorial Dunken. Obtenido de https://books.google.com.co/books?id=mjdFAgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=modelos+economicos+de+atenci%C3%B3n+en+salud&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=modelos%20economicos%20de%20atenci%C3%B3n%20en%20salud&f=false

Decreto 53 1975, 1. 5. (s.f.). Los Centros y Puestos de Salud y de Socorro locales serán dependencias administrativas del Hospital que determine el Servicio Seccional y su personal será nombrado por el Director del hospital del área del cual dependan.

Dworkin, R. (1992). *El Imperio de la Justicia*. Roma: Editorial Gedisa.

Estada, P. A.–J. (2004). *LAS FUENTES DEL DERECHO*. BOGOTA. COL: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

Ferrajoli, L. (2001). *Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2001). *DERECHOS FUNDAMENTALES*. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Fuller, L. (1968). *Anatomía del Derecho*. Buenos Aires: Monte Avila Editores.

FULLER, L. L. (1968). *Anatomía del Derecho*. MONTE AVILA EDITORES.

GERARDO, A. M. (2019). *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social - Libro - Edición 4*. BOGOTA: LEGIS.

gionalella, I. (2012). *sistemas de salud en sur america*. RIO DE JANEIRO: instituto sur americano de gobierno social (ISSGS) - UNASUR.

Grijalva, A. (s.f.). *Administración de Justicia indígena y derechos colectivos*. Universidad Andina Simón Bolívar, 2.

Grupo de investigación en derechos humanos y derecho internacional humanitario, R. C. (2010). *LAS GARANTIAS A LA EDUCACION, LA SALUD Y EL*

TRABAJO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.
Universidad Pedagógica Nacional., 122.

Guerrero, Ramiro; y otros. (2011). Sistema de Salud en Colombia. *Salud Publica Mexico*, 147.

Haba, P. E. (2004). *Axiología Jurídica Fundamental*. San José de Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

HABA, P. E. (2004). *Axiología jurídica fundamental*. COSTA RICA: Ed UNIVERSIDAD DE COSTA RICA.

Herdegen, M. (2005). *Derecho Internacional Público*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.

Hernandez Albares, M. (2004). *La Fragmentación de la Salud en Colombia y Argentina*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia.

HERRERA, E. M. (2002). *Entre el Funcionalismo y el Principialismo, y las Instituciones Dogmáticas*. BOGOTÁ. COL: Nueva Jurídica.

ISAGS UNASUR. (2012). *SISTEMAS DE SALUD EN SUR AMERICA*. RIO DE JANEIRO: ISAGS.

Jaramillo Perez, I. (1994). *El futuro de la Salud en Colombia: Ley 100 de 1993: política social, mercado y descentralización*. Santafé de Bogotá: Fundación Corona - FESCOL.

Jimenez Estrada, P. A. (2005). *Las fuentes del Derecho*. Bogotá: Editorial Ibañez.

Laurell, a. c. (2012). *Sistemas Universales de Salud: Retos y Desafíos . Sistemas Universales de Salud: Retos y Desafíos* (pág. 2). rio de janeiro : ISSGS-UNASUR.

ley 10 1990, L. 1. (s.f.). artículo 1.

ley 1751 de 2015, C-463 de 2008 , T-607 de 2009, T-760 de 2008, y T-801 de 1998 y (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO AUTONOMO).

ley 1751, 2. L. (2015). ARTICULO 1.

Ley 39 de 1969. ARTÍCULO 3o. . (1969). *Las partidas que se apropien en el Presupuesto Nacional para el cumplimiento del plan objeto de la presente*

Ley y que benefician directamente a entidades descentralizadas territorialmente o por servicios y a personas de derecho privado. DIARIO OFICIAL.

ley,1122. (2011). por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Maria Rita Bertolozzi, & Monica Cecilia de la Torre. (2012). Salud Colectiva: fundamentos conceptuales. *Salud Areandina*, 26.

Mesa, R. R. (2013). *ESTUDIO SOBRE SEGURIDAD SOCIAL. 3º edición* . BOGOTA. COL: IBAÑES.

MONSALVE, G. A. (2009). *EL DERECHO COLOMBIANO DE LA SEGURIDAD SOCIAL*. BOGOTA. COL: LEGIS. segunda edicion.

OFICIAL, G. (1994). de la ley 100 de 1993 . *EXPOSICION DE MOTIVOS* . BOGOTA. COL.

ONU. (2000). Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. *Observación General 14 - 22º periodo de sesiones*. Nueva York: ONU.

Pacheco, M. J.-D. (2003). *Metodología de la Investigacion Juridica y Sociojuridica*. Tunja: Ediciones UNIBOYACA.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, S. y. (2000). *Observación general 14*. O.N.U.

Pardo Schlesinger, C., & Parra Dussán, C. (2009). *Teoría Constitucional*. Bogotá: Universidad el Rosario.

Pérez, I. J. (1994). *El futuro de la salud en Colombia: Ley 100 de 1993: política social, mercado y descentralización*. BOGOTA. COL: FESCOL : FRB : FES : Fundación Corona.

PIDESC, I. (1966). Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales .

Piedrahita Restrepo, C. (1995). *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

precedente jurisprudencial, C-463 de 2008 , T-607 de 2009, T-760 de 2008, y T-801 de 1998 y ley 1751 de 2015 (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA).

Restrepo, C. P. (1995). *CONSTITUCION ES POLÍTICAS NACIONALES DE COLOMBIA. Segunda Edición* . BOGOTA. COL: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. .

Rodriguez Garavito, C. (1997). *La Decisión Judicial - El debate Hart - Dworkin*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Rodriguez Mesa, R. (2013). *Estudio sobre Seguridad Social*. Bogotá: Editorial Ibañez.

RODRIGUEZ, C. (1997). *La Decisión Judicial, el debate HART-DWORKIN*. . BOGOTA. COL: Universidad de los Andes. Siglo del Hombre.

ROMERO, M. S. (2000). *Flujos y Reflujos*. BOGOTA. COL: Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición.

Sánchez Herrera, E. M. (2002). *Entre el Funcionalismo y el Principialismo*. Santiago de Chile: Ediciones Nueva Jurídica.

Schiavone, M. A., & Rios, J. F. (2013). *ECONOMIA Y FINANIAMIENTO EN SALUD*. BUENOS AIRES : DUNKEN.

T- 760 de 2008, Sentencia (Corte Cosntitucionl M.P Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA).

T-2193, Sentencia, sentencia de tutlea protege el derecho la salud criterio de conexidad (Corte Constitucional 13 de agosto de 1992).

Universidad Pedagógica Nacional. (2010). *Las Garantías a la Educación, la Salud, y el Trabajo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Ibañez.

Valderrama, F. (2013). *Teoría del Derecho*. Medellín: Universidad de Medellín.

Valencia Restrepo, H. (2005). *Monarquía, Principialistica Jurídica o Filosofía y Ciencia de los Prncipios Generales del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.

Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho ductil*. Madrid: Editorial Trotta.

ZAGREBELSKY, G. (2007). *EL DERECHO DUCTIL*. MADRID: TROTTA.

ZUÑIGA, G. A. (2010). *DE LA INTERPRETACION LEGAL A LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL*. BOGOTA. COL: IBAÑES.