



Aplicación de la principalística en el sistema de salud en Colombia

Sandra Mariana Peña Restrepo

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho de la Seguridad Social.

Tutor

Nombre del asesor temático, Jaime León Gañan Echavarría Doctor (PhD)

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho de la Seguridad Social
Medellín, Antioquia, Colombia
2022

Cita	(Peña Restrepo, 2022)
Referencia	Peña Restrepo, S. (2022). <i>Aplicación de la principalística en el sistema de salud en Colombia</i> . 2022. [Trabajo de grado especialización] Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho de la Seguridad Social, Cohorte XVII.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano: Luquegi Gil Neira.

Coordinadora de Posgrados: Juliana Pérez Restrepo.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

El presente escrito aborda como objeto de estudio la relación entre principialística y la salud, asumiendo como eje principal el concepto de dignidad humana. El objetivo central fue el analizar los elementos de la principialística en salud precisamente desde el enfoque de la dignidad humana en Colombia. El análisis se realizó teniendo en cuenta el sistema de fuentes de derecho en lo referente a la garantía a la salud. Para tal efecto se realizó una revisión biblio-jurisprudencial y legal en torno a tal tema. El escrito visibiliza algunas problemáticas que, a manera de barreras de acceso, impiden el goce efectivo del derecho fundamental a la salud en Colombia y por ende la vulneración de principios como el principio la dignidad humana, el principio *pro homine* y la solidaridad entre otros. Es de resaltar que el escrito se basó en un enfoque cualitativo bajo la primicia del análisis comparado con aplicación del método hermenéutico jurídico. Dentro de las principales conclusiones logradas en este análisis está que el debate nacional en torno a la transparencia de los sistemas vinculantes para la protección del artículo 49 de la Constitución, arrojan en este estudio matices de favorabilidad y de agudas críticas en torno a aspectos como los principios de la salud, el derecho integral a la vida, que es así mismo derecho universal (DUDDHH, 1948) y fundamental para lo que respeta a nuestro ordenamiento constitucional (1991).

Palabras clave: derecho fundamental, dignidad humana, *pro homine*, salud, vida.

Abstract

This paper addresses as an object of study the relationship between principles and health, assuming the concept of human dignity as the main axis. The central objective was to analyze the elements of the principles in health precisely from the perspective of human dignity in Colombia. The analysis was carried out taking into account the system of sources of law in relation to the health guarantee. For this purpose, a biblio-jurisprudential and legal review was carried out on this topic. The writing makes visible some problems that, as barriers to access, prevent the effective enjoyment of the fundamental right to health in Colombia and therefore the violation of principles such as the principle of human dignity, the *pro homine* principle and solidarity, among others. It is

noteworthy that the writing was based on a qualitative approach under the premise of the comparative analysis with the application of the legal hermeneutic method.

Keywords: fundamental right, human dignity, pro homine, health, life.

Sumario

Introducción. 1. Evolución del derecho a la salud en Colombia. 1. La salud en la Constitución Política de 1886. 1.2. La salud en la Constitución Política de 1991. 1.1.1 Obligaciones del Estado en la salud. 1.2.1 Derecho prestacional - Derecho fundamental. 2. Principios fundamentales de la salud. 2.1 De los principios del derecho fundamental a la salud. 2.2. De los principios del servicio público esencial de salud. 2.2.1 Principio de interculturalidad. 2.2.2 Principio de oportunidad. 2.2.3 Principio pro homine. 2.2.4 Principio de integralidad. 2.3. Elementos esenciales del servicio público de salud. 2.4 Elementos esenciales en la Ley Estatutaria 1751 de 2015. 3. La Ley 100 y la salud como sistema. 3.1 Principios generales. 3.2 El sistema de salud en la Ley 100. 3.3 Sistemas exceptuados de las fuerzas militares, docentes y lo aviadores. 4. Barreras de acceso y principios de dignidad humana - pro homine. 4.1 Barreras generales de accesibilidad. 4.2 Barreras de accesibilidad al goce efectivo del derecho fundamental. Conclusiones Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

Pese a la promesa constitucional del *goce efectivo* del derecho a la salud y que el mismo ha devenido en un Derecho Fundamental, es posible que por múltiples barreras de acceso no haya sido posible la materialización de tal promesa y que por el contrario en muchos casos se haya negado en detrimento muchas personas y de la vulneración de principios tutelares de nuestro Estado social.

En tal sentido, el objetivo principal de esta monografía es analizar la aplicación de la principalística en el sistema de salud en Colombia para visibilizar barreras de acceso que vulneran principios de dignidad humana y *pro homine*.

Precisamente, la profundización que se realiza en este escrito pretende visibilizar las principales barreras de acceso al goce efectivo del *derecho fundamental a la salud* y en especial de su goce efectivo en su dimensión de servicio público esencial. Barreras que como se advierte hacen nugatorio la eficacia de tal derecho y la materialización real y material del mismo.

De tal suerte, que el visibilizar algunas barreras de acceso al goce efectivo del derecho fundamental a la salud podría conllevar la búsqueda efectiva de alternativas de solución y de protección de la salud integral de todos nosotros, y en especial la protección del principio de la dignidad humana y el principio *pro homine*, entre otros muchos.

En ese orden de ideas, además del objeto principal, el escrito estará basado en los principios arriba referidos y su análisis se hará bajo el enfoque cualitativo de investigación, con el apoyo, en forma principal, de los métodos hermenéuticos jurídicos, deductivos y de análisis. Para ello, se utilizarán estrategias o instrumentos metodológicos como el análisis normativo, de jurisprudencia y de doctrina relacionada. En especial se analizará la propia Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 2015, las sentencias hitos T-760 de 2008 y la C-313 de 2014 sobre tales tópicos, y entre otros, los informes de la Defensoría del Pueblo sobre la acción de tutela y la salud en Colombia. Finalmente, se puntualiza que el concepto de salud se tomará con base, no solo en la referida Ley 1751 de 2015, sino en su expresión amplia del Bloque de Constitucionalidad.

1. Evolución del derecho a la salud en Colombia

La idea de salud que se aborda en este análisis disminuye su margen de ambigüedad en el fundamento *pro homine* que acompaña la interpretación jurídica del derecho, ratio última al cual se le ha aproximado su sentido. La salud se asume como una garantía inmersa dentro del principio fundamental a la vida que es a la vez, expresión de una conquista alcanzada por la sociedad colombiana, en el ordenamiento jurídico de 1991 y el concurso de la nación en el bloque de constitucionalidad de cuyos pactos y tratados internacionales surgieron que la salud es componente esencial de la *dignidad humana*. La conexidad de la salud con la vida, es para este análisis el vínculo Constitucional, sobre el cual se describe un trazado jurídico y jurisprudencial que da origen al Sistema de Seguridad Social Integral - SSSI en Colombia, dentro del cual se aloja el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), creado por la Ley 100 de 1993.

1.1 La salud en la Constitución Política de 1886

La Constitución de 1886, el ordenamiento más longevo que ha tenido la nación colombiana, en sus 210 artículos, no contempla la palabra *salud* (1886). Esto para determinar que en dicho ordenamiento jurídico tal garantía no existía y tampoco se registra la función en ninguno de los 93 que integraron la Constitución de Rionegro (1863) entendida como su inmediato antecedente. No significa lo expresado que a lo largo de los siglos XIX y XX, la salud prescindiera de ser una práctica, indudablemente lo fue, pero a partir de la disposición de los articulados, se percibe que la salud como derecho, garantía y principio originado desde la responsabilidad institucional estatal, no existió.

Las reformas a la Constitución de 1886 hasta 1990, no fueron óbice para la integración de hospitales que funcionaron en ocasiones, bajo la inspección del Estado, se respaldaron clínicas e instituciones en esta línea cuya sostenibilidad combinó la inversión pública y de fondos privados, tanto como la participación internacional para resolver problemas de salud, a través de pactos, convenios, y tratados internacionales puestos en vigor por bloque de constitucionalidad. De esta forma se registra la intervención de los Estados Unidos en misiones médicas preventivas, misiones de control natal y nutricional entre otros.

La salud como derecho constitucional tendrá que esperar para ocupar un lugar *fundamental*, hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, la cual en artículo 49, consagrará que; “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado” (Constitución Política de Colombia, 1991). Se evidencia así una conquista de carácter colectivo que se consolida bajo la voluntad del poder constituyente en el nacimiento mismo de un nuevo ordenamiento jurídico en Colombia, con grandes expectativas ad portas del siglo XXI.

1.2 La salud en la Constitución Política de 1991

En Colombia, por orden constitucional, el primer garante de la salud es el Estado. Por el alcance del contenido del artículo 49 (Constitución Política de Colombia, 1991), la salud es un derecho tutelable, protegido por el artículo 86 del mismo ordenamiento y, a la vez es un derecho

fundamental articulado a tres principios básicos que son: *eficiencia, universalidad y solidaridad*. En tal sentido, la Constitución Política de 1991, entiende que son obligaciones del Estado:

...organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. (Artículo 49, Constitución Política de Colombia, 1991)

Del texto citado se concibe que la salud trasciende la filosofía de las intervenciones para situarse en el plano de la promoción, lo que implica educación preventiva y conocimiento del riesgo por parte del ciudadano. En torno a eso se crea una esfera que es la de la protección donde el sistema se apoya en políticas públicas para el saneamiento y la prevención de afectaciones a la vida que en su desarrollo vinculan la acción de protección social (Ministerio de Salud y de la Protección Social, 2022).

En el aspecto jurídico, el sistema de salud está compuesto por un amplio sector de entidades entre lo público y lo privado, enmarcado en el concepto de *seguridad social*. En cuanto a lo primero, se financia con recursos públicos y en el caso del sector privado, existen las entidades que prestan el servicio y se lo distribuyen entre IPS – Instituciones Prestadoras de salud y EPS – Entidades Prestadoras de Salud; en ambos casos su función es la materialización de la salud acorde con una legislación creada por el legislativo para regular, que se denomina en Colombia: Sistema de Seguridad Social Integral, en adelante se reconocerá bajo el acrónimo SSSI. Este modelo surge con la expedición de la Ley 100 de 1993. De acuerdo con los postulados de Gañan; “el SSSI, está integrado por el Sistema General de Pensiones (SGP), Sistema de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y Sistema General de Riesgos Profesionales. La legislación también creó programas adicionales bajo la denominación de Servicios Sociales Complementarios (SSC)” (Gañan Echavarría, 2013, p. 21).

El SGSSS es un concepto jurídico-administrativo en el que se desarrolla la política administrativa de seguridad social por parte del Estado. Opera ahí, el marco jurídico en materia de

garantías que han sido contempladas en torno a la salud como componente sustancial necesario para prever la viabilidad de la primera entre todas las garantías fundamentales que la Constitución concibe; la vida (artículo 11, Constitución Política de Colombia, 1991). Por la forma en que se ha concebido desde la estructura del Estado, el sistema de salud está creado sobre la base de una filosofía de economía abierta que lo hace accesible al sistema empresarial, el cual, como se demostrará en este análisis, coloniza cada vez la esfera de servicios reduciendo el Estado a su mínima expresión, aspecto que pone en discusión la hipótesis de que en Colombia la salud es un bien ciudadano donde participa con intereses particulares, el sector privado.

De conformidad con el Ministerio de Salud en Colombia, se entiende por el SGSSS “*un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, que procuran la prestación del servicio y fijan condiciones de acceso en todos los niveles de atención, bajo el fundamento de garantizar la atención integral a toda población*” (Ministerio de Salud y de la Protección Social, 2022). Entre las categorías que ponen en tensión lo público y lo privado, (y que conceptualmente el Ministerio describe en el ideal de una integración armónica); median las normas que para el caso van de la Ley 100 de 1993 con la cual se crea el SGSSS, a la Ley estatutaria 1751 de 2015, que regula el derecho fundamental a la salud.

Con el interés de develar un marco normativo de la salud, es importante destacar que las leyes en mención dan paso a tres dimensiones específicas que se identifican así: el sistema de afiliación transaccional SAT, regulado por los decretos: 780 de 2016 conocido como Decreto único y reglamentario de Salud y Protección Social en Colombia (2016); en conexidad con éste y como ámbito regulatorio del mismo, surgen los decretos reglamentarios 2058 de 2018, 1818 de 2019 y 064 de 2020, éste último dedicado al régimen subsidiado y a lo que se ha dado en denominar la afiliación de oficio en Colombia.

En el país la afiliación al sistema es obligatoria y se hace a través de las EPS públicas o privadas, las cuales reciben cotizaciones y, a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios, por sus siglas iniciales, denominadas IPS. Estas son llamadas a ofrecer Plan de Beneficios en Salud PBS, cuyos costos se cargan en la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

Es importante destacar que por la manera en que está diseñado el sistema de salud éste se convierte en un privilegio para las clases sociales con poder adquisitivo, pero se hace excluyente para grandes capas que no tienen forma como condonarlo en las unidades de cotización financieras. Es decir que son en primera: empleados, trabajadores independientes, la clase empresarial en todos

sus niveles, quienes gozan de los privilegios de exclusividad dentro del SISSS, porque sólo ellos pueden cotizar mejor a las EPS. Desde una perspectiva inferencial, este análisis colige que se estimula con el modelo, cierta forma de mercadeo del SGSSS en el país, lo cual deriva en problemáticas de justicia social que afectan el ejercicio pleno de la democracia y vulneran la dignidad humana.

1.1.1 Obligaciones del Estado en la salud

La Corte Constitucional en Sentencia T-171 de 2018, profiere con respecto al ámbito abarcante del artículo 49 de la Constitución Política (1991) que la salud como garantía inalienable del ciudadano, consolida dos aspectos de amplia discusión en el prurito del derecho positivo para el Estado colombiano:

...la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona. (Sentencia T-171, 2018)

En ese entendido, se infiere que el Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud. En el artículo 5° de la Ley estatutaria 1751 de 2015, se estipula en siete literales, el ámbito de responsabilidad que obliga al Estado en materia de protección social a la salud. De esta manera, el legislativo establece que son obligaciones del Estado en esta materia, las de “a) Abstenerse de afectar el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas” (Ley 1751, 2015). En este orden el Estado se instituye como primer respondiente ante un bien intangible de carácter social denominado *salud*. El poder decisorio del Estado se supedita a la acción de decidir siempre con presunción de favorabilidad al bien común de los ciudadanos.

Una ejemplificación en conexidad con el caso se evidencia en la declaración de pandemia ordenada mediante el Decreto 457 de 2020, por el cual el presidente de la República, toma la decisión irrevocable de ordenar el aislamiento preventivo en función de la protección general del pueblo ante la inminente amenaza que representó para la humanidad, el contagio por coronavirus en lo que se ha denominado globalmente la pandemia. De esta forma, la decisión por parte del ejecutivo, se manifiesta al concluir que decreta:

Ordenar el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19. (Decreto 457, 2020)

El artículo 5° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, también puntualiza en el literal *b*, que, dentro de las obligaciones del Estado, se reconoce la de “Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema” (Decreto 457, 2020). En el sentido jurídico, el establecimiento entra en conflicto de intereses en los principios de igualdad, coordinación y armonía para los ciudadanos en total, cada vez que, en las prácticas, el gobierno como representación material del Estado, no puede (porque no cuenta con la infraestructura y la logística), dar un trato igualitario en la oferta del SGSSS.

El punto de inflexión con toda seguridad que afirma la tesis expresada, es de carácter económico. Al SGSSS acceden quienes por parte del Estado participan de la cobertura y de manera especial los ciudadanos cobijados bajos las capas selectas del sistema privado de salud. En este orden de ideas la Ley 100 de 1993, introduce una inflexión a partir de las figuras corporativas denominadas EPS, que en el fondo se traducen en empresas creadas, por su razón social, para participar en las dinámicas de mercado exploradas ahora en el campo de la salud convertido en escena de oferta.

El literal *c*, de la norma estudiada plantea que, es obligatorio para el Estado, “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”. En este

aspecto, se puede considerar que los *mass media* cumplen por orden del gobierno, la voluntad del Estado, de promover políticas que prevengan, atenúen y orienten en la atención del daño a la salud, es decir, desarrollan un enfoque preventivo desde lo divulgativo. Una evidencia en esta línea se percibe en la progresividad de aplicación para el criterio de cobertura en cuanto a incorporación a la seguridad social y de salud en el país. En 1993, con el inicio de la Ley 100, de mismo año, las capas de incorporación mostraban resultados mínimos que no satisfacían las expectativas con que se había creado el sistema.

Con el trabajo divulgativo la curva de incorporación fue presentando un crecimiento exponencial satisfactorios, al punto que, en 29 años esta variable sobrepasa el 90% de satisfacción. En un informe del Ministerio de la Salud y la Protección Social, publicado en el 2020, se lee que en 1993 sólo la cuarta parte de la población estaba protegida en el SGSSS, de lo cual los pobres constituían una capa incipiente, junto con la población rural en la misma categoría de ciudadanos en condición de pobreza, no obstante, se necesitaron poco más de 25 años para que en 2019, el comportamiento de la curva de afiliación en el país según el Departamento Administrativo de seguridad mostrara que:

...la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA) [registrara que] el 95,2%8 de la población en Colombia, 47.962.950, contaba con afiliación a salud; 22.909.679 personas se ubicaban en el régimen contributivo y 22.808.930 en el subsidiado. En el régimen de excepción existían 2.244.341 personas... significa un incremento de 788.340 en el número de afiliados entre 2018 y 2019; 531.295 en el contributivo y 150.822 en el subsidiado. (Ministerio de la Salud y la Protección Social, 2019, p. 9)

Con todo y esto, hay que destacar que Colombia ocupa un territorio disímil y accidentado en su geografía, por lo cual la labor de divulgación registra vacíos en el criterio de totalidad, de esta manera, los focos de amenaza situados en epidemias, ETS – Enfermedades de Transmisión Sexual y demás, dejan a su paso como resultado el colapso de políticas públicas en salud, traducidas en muertes por falta de información a la ciudadanía, aspecto que entre el 2020 y 2022 se agravó dados los picos de pandemia que asolaron la humanidad.

El artículo 49 de la Constitución de 1991, traduce el concepto de salud en derecho fundamental y por lo tanto tutelable bajo el amparo del artículo 86 de la misma, que a pie juntillas plantea: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre”. En consecuencia, surge la obligación por parte del Estado para la defensa del derecho de la salud, de disponer un conjunto de mecanismos que eviten su vulneración y que, desde la defensa jurídica del derecho, se pueda “determinar su régimen sancionatorio” (artículo 5º, literal *d*, de la Ley Estatutaria 1751 de 2015).

Considerados estos aspectos, también son obligatorios para el Estado las acciones de control, seguimiento, inspección y vigilancia, que un plan sistemático promuevan la salud como un bien colectivo enmarcado dentro de los derechos fundamentales. De esta forma la Ley en mención en su artículo 5º, hace énfasis en que el Estado está también obligado a:

- e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control... f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental según las necesidades de salud de la población; g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas. (Colombia. Congreso de la República, Ley 1751 de 2015)

A estos imperativos se les suman obligaciones de carácter operativo como son las de evaluar la función pública y privada de la gestión en salud, de tal manera que se haga material el principio del “goce efectivo del derecho fundamental” como lo establece la norma en su literal *h*; sin desconocer que se tienen que adoptar políticas de Gobierno que garanticen el funcionamiento del sistema mediante el “flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población” (literal *i*). Finalmente, el Estado a través del gobierno tendrá que intervenir en las dinámicas nacionales e internacionales del mercado de medicamentos, para “evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos” (literal *j*), y que se puedan evitar grandes afectaciones del tipo especulativo ante la demanda de insumos, procedimientos y recursos tecnológicos propios de la actividad médica por parte de la población.

Ante este serial de obligaciones dirigidas al Estado, la pregunta es *¿hasta qué punto las estipulaciones de Ley Estatutaria que son garantías para los ciudadanos se convierten en realidades sobre la base de una intermediación privada que hace comercial el derecho a la salud?* La respuesta es que en Colombia existen barreras que constituyen problemas de acceso a la salud, las cuales para este análisis se clasifican en cuatro tipos: de acceso físico, de información, económicas y de igualdad.

1.2.1 Derecho prestacional - Derecho fundamental

En sentencia T-207 de la Corte Constitucional, se admite por derecho prestacional la garantía programática soportada en un esfuerzo presupuestal y administrativo en el que interviene el Estado. La salud como servicio y como derecho fundamental se reviste de estas dos dimensiones y por la magnitud de su pertinencia en asocio con la vida, transgrede al interregno de derecho subjetivo, es así, que términos de la alta corte:

...los derechos de prestación son derechos programáticos, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Carta Política. Gradualmente, los derechos de prestación con contenido programático se les van dando condiciones de eficacia que hace posible que emane un derecho subjetivo. (Sentencia T- 207, 1995)

Entre lo prestacional y lo subjetivo se abre, desde la hermenéutica jurídica, un debate que la Corte resuelve a su paso considerando que, por vinculación, los derechos prestacionales progresan hacia derechos subjetivos cada vez que el titular puede demandar su cumplimiento por vía de tutela, tal y como se profiere en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991. En tal orden de ideas, es importante puntualizar que el derecho prestacional demanda una entidad programática en consideración a que, demandan “un programa de acción estatal, una intención institucional” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- T- 207, 1995).

2. Principios fundamentales de la salud

El concepto de principio se acoge en este análisis desde la *principlística* como ámbito del derecho positivo del que emana la norma y que en este caso pone en primer escaño de interés la salud. Son principios fundamentales en salud, los que derivan de un establecimiento creado al interior de la Constitución Política de 1991, por voluntad del constituyente primario: la de convertir en fundamental la prestación de salud como un asunto que se esgrime positivo y sobre el cual existe una legislación acompañada de una amplia jurisprudencia.

Los principios que devienen por una tradición universal del derecho, implican que las normas actúan como voluntad positivizada y puesta en el plano material del ordenamiento jurídico. Es así, que en Dworkin, R. las normas (o las reglas), existen como en Alexi, R. por cuanto “se cumplen o no” (Alexy, 1997, p. 86); es decir: “aplicables a la manera de todo-o-nada. Si se dan los hechos que estipula una regla, entonces o bien la regla es válida” (Dworkin, 1998, pág. 24), pero los principios extrapolan la interpretación a un campo suprajurídico que conduce el espíritu y reserva para las cortes de los Estados, un diafragma de perspectivas por las cuales la jurisprudencia engrosa la viscosidad de su sentido.

En términos de Alexi, R. (1997): “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización... En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no” (p. 86). De esta forma, Alexi, aterriza el debate dado por siglos entre la tradición iusnatural del derecho y el positivismo jurídico, al considerar que un principio actúa sobre la conveniencia de favorabilidad universal que recae sobre el sujeto y se manifiesta sin duda en la norma.

Goyés Moreno, I & Hidalgo Oviedo, M. (2016), aportan en este análisis la idea que un principio lo es por cuanto contiene un trazado de generalidades de las cuales surge la materia que le da forma a la norma, su composición será abstracta por eso va dirigido a la interpretación en el ámbito de una hermenéutica jurídica que le dé forma y trazabilidad objetiva, es así que, para ellas, el principio es por cuanto:

...norma muy general; norma redactada en términos abstractos en tanto se hace uso de conceptos jurídicos indeterminados que exigen interpretación y ponderación; norma fundamentadora o directriz, que contiene unos objetivos a alcanzar; norma que simboliza los postulados que orientan un ordenamiento jurídico; norma que debe ser acogida por los operadores jurídicos, norma que contribuye a la organización del ordenamiento jurídico (Goyes Moreno & Hidalgo Oviedo, 2016, pág. 304).

Con base en lo expresado el abordaje de los principios exige para los colombianos, una revisión sucinta de los *derechos fundamentales*, contenidos en el Título II (Constitución Política de Colombia, 1991), vincula una relación más amplia si se le reconoce su epistemología en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y estos a su vez, serán la respuesta a una construcción de la humanidad misma decantada en la voluntad ontológica de los pueblos a lo largo de los siglos y de los siglos que abarca la modernidad. El decálogo que sostiene la promesa del cristianismo; no matar, no robar... es grosso modo contenido de principios que responden con favorabilidad universal a una idea de bien jurídicamente situado en la nomoárquica de la historia. Resuelta entonces esta generalidad en materia de principios, este análisis procede a abordar la noción de los mismo, cuando están referidos a la salud, para lo cual será fundamental ubicarnos en el marco de la ley estatutaria de la salud en Colombia, la Ley 1751 de 2015.

2.1 De los principios del Derecho fundamental a la salud

La salud es un bien intangible que se concibe jurídicamente en conexidad con el primero de todos los derechos fundamentales, la vida (Constitución Política de Colombia, Art. 11). La vida es un derecho inalienable de la persona que en resonancia con las garantías universales proferidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), a la que Colombia suscribe desde 1951 por bloque de constitucionalidad, ocupa el artículo 3º como bien y conquista de la humanidad, pero la vida sólo es posible conservarla por cuanto esté garantizada la salud a través de un sistema integral bajo la vigilancia y control del Estado.

De conformidad con la Ley 1751 de 2015, en su artículo 2, se precisa que “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”, de esta

forma se trata de una garantía que para hacerse efectiva implica la puesta en marcha de una infraestructura que de manera “eficaz y oportuna” (Ley 1751, 2015), propicie con razonable amplitud de oportunidades el acceso a la red de servicios dispuestos para la conservación de la vida digna. En este sentido, es válido establecer que el Estado se obliga a implementar políticas que garanticen derechos conexos contenidos en la Carta, como lo son la igualdad de participación, oportunidad, la prevención, el acceso a un diagnóstico profesional y científicamente confiable, el tratamiento y la rehabilitación. Es razonable, que el derecho a la salud es por inherencia, un servicio público revestido de un fuero de esencialidad y obligatoriedad. Como tal, esta garantía se hace efectiva “bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado” (artículo 2).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Pidesc (1966) (1966), al que suscribe Colombia, define el derecho a la salud en el ámbito de lo social, sobre el entendido de que éste constituye una garantía por la cual “toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (A/HRC/41/34, 2019).

De acuerdo con la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS): “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 1948). Por su parte, en Colombia el derecho a la salud se elevó a rango constitucional con la Constitución Política de 1991, respondiendo a una voluntad expresa por el constituyente primario y que quedó esgrimida en el artículo principal 49, en cuya conexidad con los artículos 44 y 50, se crea un marco prevalente con respecto a la prioridad de servicios en favor de los niños y niñas, de tal manera que respondiendo a la voluntad del constituyente primario, se entienda que, “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado” (artículo 50, Constitución Política de Colombia, 1991).

2.2 De los principios del servicio público esencial de salud

El Estado es el primer garante del derecho fundamental a la salud en Colombia y, en consecuencia, ésta es una garantía tutelable en cuyo ordenamiento normativo contenido en la Ley 1751 de 2015, se destacan cuatro principios básicos referidos a su prestación: *el principio de*

interculturalidad, el principio de oportunidad, el principio pro homine y el principio de integralidad.

2.2.1 Principio de Interculturalidad

El ordenamiento jurídico colombiano se funda en el principio de la interculturalidad, entendida como el reconocimiento de una sociedad que habita el territorio, afirmada en un caleidoscopio de culturas y diversidades. Así lo dispone el artículo 1 de la Constitución Nacional de 1991, cada vez que define a la nación como “un Estado social de derecho, organizado en forma de República democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana” (Constitución Política, 1991). En este entendido, la Ley 1751 de 2015, propugna dentro de sus fines por la interculturalidad como principio de integración en el clivaje social de las diferencias con que se habita el territorio nacional; se trata de:

...el respeto por las diferencias culturales existentes en el país, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global. (Colombia, Congreso de la República, artículo 6, literal i)

El servicio a la salud tiene un encomendado cultural y este reside en el profundo respeto a las tradiciones de los pueblos y en su derecho a la autodeterminación, considerando que en esfera consuetudinal se reivindican un mundo de saberes ancestrales a los cuales la ciencia y la técnica no puede dejar desapercibido. La prevalencia de costumbres y creencias, de medicinas alternativas toman un lugar en el reconocimiento de la acción y la intervención médica; situación que no puede pasar por encima del *debido proceso* y los establecimientos éticos que regulan el comportamiento de las instituciones y los profesionales que intervienen en los distintos procesos médicos: “El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual.

Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas” (Artículo 1, numeral 1, Ley 23 de 1981).

2.2.2 Principio de oportunidad

Se comprende está a la luz de la Ley 1751 (2015), que el principio de oportunidad, materializa la idea del derecho a la participación respecto de los servicios que el sistema de salud ofrece, sobre la condición de igualdad que debe caracterizar su acceso. De esta manera, plantea la norma, que “La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones” (artículo 6, literal e). Lo anterior para inferir que toda persona, a excepción de los niños, niñas y adolescentes en los que recae el principio de prevalencia por el artículo 44 de la Constitución (1991), tiene derecho a que se le suministren servicios y tecnologías médicas por la condición de ser persona, nacional reconocido por el Estado colombiano.

2.2.3 Principio pro homine

El principio *pro homine*, realiza una entre las grandes aspiraciones del derecho en las democracias modernas; la de que las leyes se crean en función de las personas para la protección de su dignidad humana, siempre en favorabilidad de la vida. Es así que de acuerdo con la Ley 1751 de 2015, este principio se expresa en los términos de favorabilidad hermenéutica respecto del sistema normativo vigente: “Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas” (artículo 6, literal b). Lo anterior para precisar que el conflicto de las interpretaciones, del que en su momento hablaba el filósofo Ricoeur (2008), encuentra su punto de frónesis, cada vez que la norma se lee y se argumenta tomando como referente al ser humano en la condición de sujeto y fin en toda acción deliberativa.

2.2.4 Principio de integralidad

Entre el principio de integralidad y oportunidad se produce una conexidad ontológica si se asume que el servicio de la salud se realiza a través de un conjunto de instrumentos y mediologías que, en términos de igualdad, deben estar al servicio de las personas sin limitaciones infundadas. En una perspectiva *pro homine*, el fin de esta infraestructura será siempre la conservación de la vida y en todo caso la disminución del dolor cual quiera que sea la condición por la cual se haya incorporado la persona al sistema de la salud. Es así que la Ley precisa que:

Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada. (Artículo 8. Ley 1751 de 2015)

En tal orden de ideas la salud es una garantía que no admite sesgos ni interpretaciones subjetivas más que las contenidas por la misma constitución, en especial en el artículo 44, donde se reserva para los niños y niñas, el derecho prevalente en casos extremos que exijan la elección de un recurso o servicio para salvar la vida del menor, antes que la del adulto cuando ambos demandan la misma inmediatez o participación médica.

2.3 Elementos esenciales del servicio público de salud

La noción de sistema de Salud hace referencia a la integración de tres pilares conceptuales: la *Teoría Sanitaria*, las *políticas de salud* adoptadas por los Estados y su equivalente en el *estado o situación de salud de la población* (Tovar, 2000, p. 238). A menudo se suele enfatizar que, se entiende por sistema de servicios de salud el conjunto de recursos creados para proteger la integralidad biológica y mental de la vida y que estos se designan por parte del Estado mediante organizaciones legítimamente institucionalizadas.

La integración jurídico-administrativa de estas entidades, está orientada a la protección de la salud como categoría de derecho poblacional. La salud como garantía expresa para los pueblos,

una conquista por parte de los ciudadanos independiente de su etnia, condición, lugar de nacimiento o estatus socioeconómico.

En otros enfoques, la idea de sistema de salud, se concentra en el reconocimiento de relaciones que integran las partes, ya sea institucionales, administrativas, logística sobre una plataforma positiva del derecho en términos de referente regulador de servicios. En este sentido se abre una compuerta en los sistemas de salud que los estados promueven para que privados puedan con lo público participar en la consolidación de un sistema capaz de cubrir y proteger a toda una nación.

Es importante destacar que, por cuanto sistema, la salud es un servicio público que se ofrece bajo la regulación del Estado. Es una garantía que no escapa a los preceptos de la historia y esto revela, mediante diversos informes, que en América Latina la salud fue edificada como una institución sobre una mirada puesta en la enfermedad, excluyendo la salud como un bien individual y colectivo que, siendo patrimonio de la nación, lo es principalmente de sociedad y por lo tanto forma parte de una política pública:

...tenemos la comprensión de que la salud es política, que está socialmente determinada y que la construcción del sistema de salud con el cual soñamos debe tener como base una discusión sobre la problemática de las desigualdades, sobre la necesidad de radicalización de la democracia y sobre los procesos de producción del adolecer y morir: determinantes sociales de la salud. (Gomes Temporão, 2012, p. 13)

Acorde con esto la salud, al interior del sistema democrático colombiano está comprendida dentro de un engranaje del tipo jurídico que la legitima y hace análoga al de otros países de América Latina, de ahí la pertinencia del Estado como primer respondiente de la garantía. En sus prácticas, el sistema de salud acontece como resultado dinámico de un conjunto de relaciones interadministrativas, económica y de conocimiento, puestas en marcha, todas estas variables dentro de una estrategia administrativa de políticas públicas.

2.4 Elementos esenciales en la Ley Estatutaria 1751 de 2015

Colombia, por bloque de constitucionalidad suscribe al PIDESC- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), por sus iniciales equivalentes en inglés responde a *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Dicha integración en el marco normativo internacional, contempla cuatro elementos que deben caracterizar el servicio de política pública en materia de salud, y que en Colombia son acogidos en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en los literales que de la letra a, a la d, los desarrollan en los términos de *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad e idoneidad profesional* (Artículo 6, literales a, b, c, d, respectivamente).

La *disponibilidad*, elemento citado en el literal a, del artículo 6, se refiere a la previsión y disposición como responsabilidad del Estado, cada vez que, en materia de salud, éste tendrá que estar en capacidad de “garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal” (Ley 1751, 2015) profesional capaz de enfrentar las contingencias individuales o colectivas. En Colombia este elemento supone una cuestión de tipo problemática ya que es evidente como las instituciones hospitalarias pública colapsan ante la demanda de servicios médicos, de instrumentos y tecnologías en la misma línea y en algunas regiones, hasta se cierran hospitales lo que pone en evidencia la ineficacia del Estado, como sucedió en la capital del País con el cierre del hospital San Juan de Dios, un verdadero símbolo de la medicina nacional, fundado en 1723 por orden del Rey Felipe V, cerrado el 29 de septiembre de 2001 dadas las precarias condiciones de asistencia y recursos y luego reabierto, sin que las crisis económicas a 2022 siguen vigentes, prevaleciendo a amenazas de cierre total.

Aceptabilidad. Es un elemento que la ley contempla bajo el principio de interculturalidad. Dentro de este presupuesto la idea de reconocimiento deontológico de los principios médicos entra a ser tan importantes como los que deben reconocerse a las distintas culturas, en el entendido que “Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad” (artículo 6. literal b, Ley 1751 de 2015), lo que significa comprender la libre determinación y el derecho de los pacientes a recibir en los términos de la ley una atención médica digna que no violenta sus tradiciones religiosas o culturales.

Se puede inferir que la Ley estatutaria 1751, al incorporar el elemento de *accesibilidad*, materializa como derecho ciudadano la posibilidad de que *servicios y tecnologías* (artículo 6. Literal c. Ley 1751 de 2015), en materia de salud deben someterse al principio de igualdad para todos los usuarios, sobre las consideraciones de interés superior que la misma norma contempla en

el caso de los menores, las mujeres en gestación que en un caso determinado requieran atención prevalente.

Calidad e idoneidad profesional se cataloga en el literal d, dentro del artículo 6 de la Ley 1551 de 2015. El imperativo establece que el usuario se constituye en sujeto de la acción médica, por esta razón, “Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario. Ello requiere, personal de la salud adecuadamente competente, con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos” (Ibid, literal d). Desde este entendido, la norma habla ordena el sometimiento de los procesos de revisión y evaluación de servicios a estándares previamente concebidos tanto en el ámbito nacional como internacional.

3. La ley 100 y la salud como sistema

Con la Ley 100 de 1993, se crea en Colombia el SSI, como bien se ha dicho antes y con ello un cambio de modelo en la concepción del servicio y la administración de la salud considera en la Constitución, derecho fundamental. De conformidad con esta norma, el SSI, se entiende como un “conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios” (artículo 8. Ley 100 de 1993).

La integración entre lo público y lo privado que promueve la norma, incorpora dentro de la acción del servicio de salud y de pensiones, al sector empresarial como actor comercial en lo que está concebido como un derecho fundamental. De esta forma, siendo su “objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten” (artículo 1. Ley 100 de 1993), la incursión de las entidades privadas frenéticamente convertirá la demanda a la salud en una ocasión de mercado, pues con la consolidación de las EPS, los fondos de salud aportados mediante el modelo de cotizaciones, por parte de los ciudadanos aplicarán en forma discriminatoria para quienes pueden cotizar más y en ese sentido progresivo, el beneficio y la accesibilidad se van a ver profundamente afectados, con detrimento para quienes no tienen.

La Ley 100 de 1993, se establece que la salud es un derecho esencial, el cual “será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley”

(artículo 4). Dentro de los términos y condiciones que la Ley establece, la salud no ocupa un lugar preponderante en el sentido de la respuesta por parte del Estado para asistir a las entidades hospitalarias públicas con la dotación y el personal médico necesario que atienda con *eficiencia* a la población. En yuxtaposición al principio proferido en el literal a, del artículo 2 (Ley 100 de 1993), lo se ha materializado por parte de los gobiernos en turno desde 1993, es una condición de abandono que rompe la espina dorsal del sistema hospitalario oficial y en la crisis crece del lado empresarial el músculo financiero de las EPS, convirtiéndolas en monopolios que excluyen del servicio a las capas más débiles de la población.

3.1 Principios generales

Expresado ya en alguna parte de este análisis, los principios que orientan el SGISSS en Colombia se encuentran contenidos en el artículo 2 de la norma en mención. En una perspectiva ontológica las ideas de *eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación*; completan un hexágono en la caracterización democrática de un servicio que de sumo sería el que la sociedad desea sino se le concibiera desde el espíritu de la norma como una ocasión económica de interés para ciertos sectores de la economía nacional e internacional los cuales hacen de la salud un verdadero negocio. Los principios que se lee en el artículo, básicamente hacen referencia a:

a) EFICIENCIA utilización de recursos en forma adecuada, oportuna y suficiente; b) UNIVERSALIDAD... protección en todas las etapas de la vida; c) SOLIDARIDAD en Seguridad Social... participación, control y dirección. d) INTEGRALIDAD... cobertura de contingencias, capacidad económica y las condiciones. e) UNIDAD... articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones f) PARTICIPACION... intervención de la comunidad en organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema. (Ley 100, 1993)

Estos principios así esbozados parecieran existir en una esfera al margen de la práctica dejando de lado el objeto por el cual fue creada la ley, en función de los artículos 48 y 49 de la Constitución (1991). De esta manera, las prácticas de un sistema de salud en Colombia que se ejecuta acorde con el ajedrez de la economía global desde la participación empresarial de quienes

lo administran en las distintas bolsas internacionales, no puede dar respuesta a uno de sus objetivos centrales, cual es el de “Garantizar cobertura hasta que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio de solidaridad, permitan que sectores sin capacidad económica... campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema en forma integral” (artículo 6, numeral 3)

3.2 El sistema de salud en la Ley 100

La Ley 100 de 1993, desarrolla una política de cubrimiento denominada cobertura, y en su defecto concibe en su interior dos regímenes mediante los cuales se ofrece el SGISSS a la clase trabajadora y a la clase independiente, acorde con las contingencias socioeconómicas en cada caso.

Como política de captación de recursos, la Ley faculta un mecanismo de cotización por descuento, cada vez que el ciudadano se encuentre dentro de la red productiva de la nación, bien como empleado del sector oficial o privado, como pensionado o como trabajador independiente. Surgen en este interdicto, dos paradigmas o regímenes de que desde el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, se conciben excluyentes, pero a la vez incorporados dentro de la red de salud pública en la nación, así: “a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida; b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad” (Ley 100, 1993).

El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, identificado con la sigla RPM está constituido por el sector público y adscribe a Colpensiones (Administradora Colombiana de Pensiones), que será la administradora de fondos destinados a pensión. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, es el fondo privado de administración de pensiones – AFP en el país. Existen en Colombia 4 administradoras de pensiones, denominadas: Colfondos, Porvenir, Protección y Skandia; todas estas legalmente constituidas desde la entrada en vigor de la Ley 100, el 1 de abril de 1994.

En cualquiera de los casos, el sistema de Salud en la Ley 100 de 1993, comienza a precisarse a partir los preceptos contenidos en el Libro II, de la norma, un intervalo comprendido entre el artículo 152 y el 247. Como objetivo que perfila el alcance de la salud, la ley concibe que esta procura “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención” (artículo 152, Ley 100 de 1993).

3.3 Sistemas exceptuados de las Fuerzas militares, docentes y lo aviadores

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, sucede que surge como conflicto de intereses la situación de los regímenes exceptuados, que a la fecha cobijaban a tres sectores en especial dentro de los empleados de la nación: los militares, los docentes y el gremio de los aviadores. Se trata de conquistas laborales que incluso venían con la Constitución de 1886, y que constituían derechos adquiridos y sobre los cuales pesaba el principio de retroactividad.

En el caso de los docentes, este régimen se había consolidado con la expedición el Decreto 2277 de 1979, el cual crea la carrera docente y dispone las formas en que se desarrollará la administración, control y ejecución de la labor educativa por parte de los maestros vinculados. En el decreto se “establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo... se regirá por normas especiales” (Decreto 2277, 1979).

Los militares y el gremio de los aviadores ingresan dentro de los regímenes exceptuados sobre el criterio de riesgo en el ejercicio de la profesión. Para el caso de los militares rige el Decreto Ley 1795 del 2000, el cual crea de forma especial un sistema de sanidad militar, entendido como un “conjunto de Instituciones, Organismos, Dependencias, Afiliados, Beneficiarios, Recursos, Políticas, Principios, Fundamentos, Planes, Programas y Procesos articulados y armonizados entre sí, para el cumplimiento de la misión, cual es prestar el servicio público esencial en salud a sus afiliados y beneficiarios” (Decreto Ley 1795, 2000).

Los regímenes exceptuados no constituyen privilegios arbitrarios para determinados gremios de funcionarios al servicio de la nación. Estos se producen dadas las contingencias del servicio en cada caso. Por ejemplo, en la situación de los militares el régimen se sustenta sobre la base de la alta peligrosidad del servicio y de las condiciones de vulnerabilidad, distancia de la familia que determina el desempeño de las funciones militares. Para los docentes, se presenta la situación de crisis mental, el distanciamiento geográfico, las barreras de acceso, entre otros, relacionados con el ejercicio digno de la labor docente.

4. Barreras de acceso y principios de dignidad humana - *pro homine*

A la luz de este análisis, se comprende por barreras todo impedimento que obstruye la posibilidad de goce integral y efectivo del derecho fundamental a la salud, en relación con los principios de dignidad humana y *pro homine*. Como resultado de este análisis, se clasifican las barreras en dos grupos: las generales y las de accesibilidad.

4.1 Barreras generales de accesibilidad

La accesibilidad se comprende como la posibilidad que el ciudadano goce efectivamente del derecho a la salud tanto de la atención como de la disponibilidad de instrumentos, procesos, intervenciones necesarias para preservar la vida. Se describen a continuación las barreras que impiden la accesibilidad en términos generales:

- Barreras físicas o de acceso físico. Están relacionadas con dos criterios específicos: la distancia y el medio de transporte. Entre lo uno y lo otro media una relación intrínseca que demanda del sistema una infraestructura con favorabilidad para el paciente y en especial creada para la preservación de la vida. Esto incluye la proximidad de los centros hospitalarios y de IPS, la red de ambulancias por vías terrestres, aéreas, marítimas y fluviales.
- Barreras de información. Se incluyen en esta parte tanto los procesos comunicativos como el valor de los datos que pueden en una contingencia decidir frente a las problemáticas la salud. Uno entre los grandes problemas que tiene la salud es que la información no llega de manera concreta, oportuna y pedagógicamente descodificada a los usuarios, lo que crea reprocesos, fallas en el sistema y afectaciones, en muchos casos irreversibles con detrimento para los usuarios.
- Barreras económicas. Estas afectan en especial a la población de bajos recursos económicos. Conjugada con la barrera de información, se produce una condición de precariedad cuyo origen está en la educación. Existe en el sistema de salud (Ley 100, 1993), el ADRESS - Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entidad que no es consultada en muchos casos por falta de información por parte de los usuarios.

- Barreras de igualdad o inequidad. Esta barrera tiene origen en el sistema de libre elección de la EPS y por consiguiente la IPS. De acuerdo con los recursos personales, la accesibilidad es una curva que varía y el criterio depende del poder adquisitivo. La inequidad como factor opuesto a la igualdad surge cuando unas capas de la población tienen acceso a ciertos servicios y otras quedan excluidas por no tener los recursos económicos de acceso.

4.2 Barreras de accesibilidad al goce efectivo del derecho fundamental oportuna y pedagógicamente descodificada a los usuarios

El artículo 49 de la Constitución de 1991, convierte la salud en derecho fundamental y por lo tanto demanda del Estado su protección en términos de goce efectivo. Se destacan dos barreras de accesibilidad al goce efectivo del derecho así:

- Inexistencia: se presenta cuando la entidad prestadora de salud manifiesta que no hay medicamentos disponibles. En este caso lo que antes fue el POS y que ahora se denomina Plan de Beneficios en Salud – PBS, termina debilitando el principio de eficacia del sistema con detrimento a la salud y la vida del ciudadano.
- Agenda abierta: se ha constituido en una barrera física cada vez que, al solicitar los servicios de salud para la valoración en el PBS, la programación termina excluyendo al ciudadano, desde la acción de servicios negados por falta de recurso humano.

La sentencia C-313 de 2014, sostiene que la sostenibilidad financiera del sistema de salud, no es un principio y en su lugar, se traduce en un criterio que en la práctica presenta una barrera negando, para el ciudadano el acceso al PBS. El alto tribunal considera el derecho a la salud, como una garantía irrenunciable tanto colectiva como individualmente y está determinada por los principios de eficacia y promoción:

...comprende los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad, el mejoramiento y la promoción de la salud. En cabeza del Estado [está] el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad y oportunidades en el acceso a promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas... advierte que la prestación se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación,

coordinación y control del Estado. (Colombia. Corte Constitucional. sentencia C-313 de 2014).

Cualquier elemento que obstruya el servicio de la salud, se constituye en barrera de accesibilidad general o de goce efectivo. La gravedad que acompaña estas contingencias trasciende al campo internacional en atención a que, la salud se constituye para los pueblos en garantía fundamental. Y en el caso de Colombia; “Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes” (Colombia. Constitución Política. Artículo 49. 1991)

Conclusiones

El análisis desarrollado es el resultado de un trabajo de indagación cuyo objeto de estudio trazó la relación jurídica entre principalística y salud. A lo largo de una revisión crítica, esta reflexión condujo, entre diversas conclusiones a la determinación que la salud se concibe en Colombia como un derecho fundamental con presencia en la Constitución Política de 1991 y que su vigor en el ordenamiento jurídico se debe precisamente a la voluntad del Constituyente primario, quien interpretó la necesidad de proteger la integridad de la dignidad humana desde una articulación *pro homine* de la vida y en esta de la salud como vínculo sin lo cual no es posible garantizar lo primero.

Por la importancia que representa, la salud en torno a ésta se ha considerado un marco normativo que deviene por bloque de constitucionalidad con origen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), desplegando una perspectiva de cuidado desde el Pidesc - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en atención a que la salud determina por parte de los Estados el desarrollo de una normatividad garante, suficiente para incorporar a sus ciudadanos en políticas para la prevención, el cuidado y la preservación de la vida a través de la infraestructura de la salud.

En el marco de estos compromisos internacionales Colombia llega mediante las facultades que el artículo 93 de la Constitución (1991), prevé para la inserción cultural y económica del país dentro de un ordenamiento plurinacional en favor de la vida y la protección. La motivación por bloque de constitucionalidad, tendrá resonancia cuando el Congreso de la República legislará para

crear un sistema de salud integral con la sanción y entrada en vigor de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, ampliamente discutida en este análisis y la Ley 100 de 1993, con la que se crea el SGSSS. El debate nacional en torno a la transparencia de los sistemas vinculantes para la protección del artículo 49 de la Constitución, arrojan en este estudio matices de favorabilidad y de agudas críticas en torno a aspectos como los principios de la salud, el derecho integral a la vida, que es así mismo derecho universal (DUDDHH, 1948) y fundamental para lo que respeta a nuestro ordenamiento constitucional (1991).

Desde el principio de favorabilidad la Ley 100 de 1993 y su nexa con la Ley 1751 de 2015, resulta importante destacar que con dichas normas se crea una estructura legal que protege y declara principios en torno a la salud como conquista y bien individual y colectivo. Sobre esta base prevalece un sistema de salud que funciona desde la acción pública y privada, derivando para el Estado la inspección, el control y la vigilancia.

En términos de líneas críticas o rojas para el sistema, se destaca que la salud en el marco del sistema normativo que la regula, se convierte en un objeto de intereses comerciales que abruma su sentido óptico y la transparencia con que la sociedad la concibe. La participación de capitales privados dentro de un derecho público, conduce a una segmentación en términos de accesibilidad con lo cual, van quedando al paso de las ejecuciones, unas capas sociales que resultan marginadas del sistema, en este caso de salud. Es un asunto que se yuxtapone al objeto del SGSSS, el cual debe tener como finalidad “la materialización, el goce efectivo del derecho a la salud” y no la interposición de barreras de acceso que lo afecten en su dimensión de servicio público esencial.

Ad portas de cumplir el primer tercio del SGSSS, Ley 100 de 1993 queda al descubierto una problemática que requiere la revisión e intervención del legislativo sobre la necesidad de una reforma que reivindique el carácter social de la salud como derecho y garantía fundamental. Se requiere que el Estado, cooptado por el sector privado en las organizaciones denominadas EPS, oblitere y de paso a lo público asumiendo las responsabilidades de control, sostenibilidad, viabilidad y disponibilidad; tal y como la norma lo exige. Ha ocurrido que, en la premura por capitalizar las EPS, los gobiernos en turno han dejado de lado la red hospitalaria generando crisis

contingentes y, en términos de Gañan, E. (2013), desplegando una estela de muertos, que en el título de su obra se nombran con el rótulo; Los muertos de la Ley 100 (Gañan Echavarría, 2013).

El sistema de la salud en Colombia presenta surge con sendas barreras de accesos que van desde lo económico a lo físico y afectan de forma directa el propósito de cobertura. De esta manera se produce un efecto discriminatorio que vicia la oferta de salud clasificando la población beneficiaria entre los que pueden acceder a tratamientos privilegiados y los que quedan, definitivamente excluidos.

Este análisis pone en conocimiento que el sistema de salud en Colombia no es suficiente, su cobertura a casi 30 años de vigencia, no cumple las expectativas formuladas dentro del mismo ordenamiento normativo. La sociedad colombiana, espera por parte de quienes gobiernan, las devoluciones sociales para la materialización de la salud como una garantía real, que bellamente formulada en el artículo 49 de la Constitución Política (1991), encuentre forma en la efectividad de las prácticas de la salud a lo largo y ancho del territorio nacional. La sociedad espera que, por encima de las latitudes, las distancias y las disposiciones económicas, la salud llegue sin reparos rompiendo las líneas discriminatorias que la han convertido, desde el sistema privado en una mercancía, en muchas ocasiones inalcanzable para ciertas personas en la nación.

Referencias bibliográficas

Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas (2019). *A/HRC/41/34*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/106/01/PDF/G1910601.pdf?OpenElement>

Constitución de la Organización Mundial de la Salud (Estados Parte & Conferencia Sanitaria Internacional 7 de abril de 1948). Obtenido de <https://www.who.int/es/about/governance/constitution#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,o%20condici%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20o%20social>.

- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. En C. Courtis, *Observar la ley* (págs. 105-156). Ferraz-Madrid, España: Trotta.
- Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, IX Conferencia Internacional Americana (Novena Conferencia Internacional Americana 1948). Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución 217 A (III) (Asamblea General de las Naciones Unidas 10 de diciembre de 1948). Obtenido de https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 100 (Congreso de la República 23 de diciembre de 1993).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1751 (Congreso de la república 16 de febrero de 2015). Obtenido de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf
- Colombia. Congreso de la República. Ley 23 (Congreso de la República 18 de febrero de 1981). Obtenido de https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103905_archivo_pdf.pdf
- Colombia. Constituyente. Constitución de Rionegro (Convención Nacional 8 de mayo de 1863).
- Colombia. Constituyente. Constitución Política de la República de Colombia (Consejo Nacional Constituyente 7 de agosto de 1886). Obtenido de <http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/colombia1886.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional. (2018b) Sentencia T-171 de 2018: acción de tutela instaurada por Margarita Porras Barragan contra Cafesalud E.P.S. (Ahora MEDIMAS E.P.S.). Seccional Bogotá. M. P. Cristina Pardo Schlesinger, et Al. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1995b) Sentencia T- 207 de 1995: petición instaurada por Oscar Hernando Vera Parada y Silvia Margarita Gallego Ortiz. Seccional Turbo, Antioquia. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2277 (Presidencia de la República 14 de septiembre de 1979). Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1216>

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 457 (2020).

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 780 (Ministerio de la Salud y la Protección Social 6 de mayo de 2016). Obtenido de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%200780%20de%202016.pdf

Colombia. Presidencia de la República. Decreto Ley 1795 (Ministerio de Defensa 14 de septiembre de 2000). Obtenido de <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1352132>

Dworkin, R. (1998). *Los derechos en serio*. Madrid, España: Ariel.

Gañán Echavarría, J. (2013). *Los muertos de la Ley 100. Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: una razón de su ineficacia*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia. Obtenido de <file:///C:/Users/Farid%20Boh%C3%B3rquez/Documents/Mi%20Biblioteca/Ga%C3%B1a%20Jaime%20Leon/Los%20muertos%20de%20la%20Ley%20100-Libro.pdf>

Gañán Echavarría, J. L. (2013). *Los muertos de la Ley 100. Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: una razón de su ineficacia*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia. Obtenido de <file:///C:/Users/Farid%20Boh%C3%B3rquez/Documents/Mi%20Biblioteca/Ga%C3%B1a%20Jaime%20Leon/Los%20muertos%20de%20la%20Ley%20100-Libro.pdf>

Gomes Temporão, J. (2012). Sistemas Universales de Salud en el Mundo en Transformación. En J. Gomes Temporão, *Sistema de salud en suramerica: desafío para la universalidad, la integridad y la equidad* (J. Davidson, Trad., págs. 13-21). Brasil. Obtenido de <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2019/10/816019/678763-sistemas-de-salud-en-america-del-sur.pdf>

Goyes Moreno, I., & Hidalgo Oviedo, M. (2016). La principialística: hilo conductor de la enseñanza del derecho en el siglo XXI. En E. Cáceres Nieto, *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico, tomo 1* (págs. 295-313). México, D. F, México: Unam. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4295-pasos-hacia-una-revolucion-en-la-ensenanza-del-derecho-en-el-sistema-romano-germanico-tomo-i>

- Ministerio de la Salud y la Protección Social. (2019). *Rendición de Cuentas*. Ministerio de la Protección Social. Bogotá: Gobierno de Colombia. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/RID/informe-gestion2019-marzo30-2020-t.pdf>
- Ministerio de Salud y de la Protección Social. (26 de septiembre de 2022). *Minsalud.gov.co*. Obtenido de [https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/Glosario.aspx#:~:text=Sistema%20de%20Seguridad%20Social%20en%20Salud%20\(SGSSS\)%3A%20es%20un,atenci%C3%B3n%20integral%20a%20toda%20poblaci%C3%B3n](https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/Glosario.aspx#:~:text=Sistema%20de%20Seguridad%20Social%20en%20Salud%20(SGSSS)%3A%20es%20un,atenci%C3%B3n%20integral%20a%20toda%20poblaci%C3%B3n). Glosario:
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2021). *Informe Anual Acciones de Tutela en Salud - Vigencia 2021, orden 30 de la sentencia T-760 de 2008*. Ministerio. Bogotá: MinSalud.
- Observación general N° 14 , Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Consejo Económico y social de las Naciones Unidas 11 de agosto de 2000).
- PIDESC -, resolution 2200A (XXI) (Estados Parte Asamblea General NU 16 de diciembre de 1966). Obtenido de <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- Pidesc-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales , Resolución de la Asamblea General 2200A (XXI) (Asamblea de Estados Parte Naciones Unidas 16 de diciembre de 1966). Obtenido de <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- Ricoeur, P. (2008). *El Conflicto de las interpretaciones: ensayos de hermenéutica* . México, D. F, Mpexico: Fondo de Cultura Económica.
- Tovar, F. (2000). Herramientas para el análisis del sector salud. *Medicina y sociedad*, 23(2), 234-246.