

La Salud: Algunas Perspectivas desde el Escenario Normativo, Doctrinario e Histórico ¹

Health: Some Perspectives from the Normative, Doctrinal and Historical Scenario

Juan Sebastian Agatón Posada²

Ana Maria Cruz Mejia³

Liliana Parra⁴

Daniela Juliana Blanco Alvarado⁵

Resumen

A través del presente manuscrito se pretende lograr una contextualización normativa, histórica y doctrinal de la salud como derecho fundamental y como servicio público. Lo anterior atendiendo



Open Access

Para citar este artículo: Agatón, J. S., Cruz, A. M., Parra, L., Blanco, D. J. (2021). La Salud: Algunas Perspectivas desde el Escenario Normativo, Doctrinario e Histórico. *Diálogos de Saberes*, (56), 35-47. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.56.2022.10243>

Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2021 • Fecha de aprobación: 19 de octubre de 2021

- ¹ Este producto de investigación alimenta el proyecto *La legislación en la protección de los peligros, riesgos laborales y la salud laboral en Colombia*. Y a su línea de investigación “Trabajo, protección de la salud y riesgos laborales” del grupo de investigación *Estudios interdisciplinarios DESC y mundo del trabajo* del Centro de Investigaciones Socio jurídicas de la Universidad Libre seccional Bogotá.
- ² Abogado titulado de la Universidad Libre, Grupo Proelio S.A.S. Correo electrónico: juans-agatonp@unilibre.edu.co; Cvlac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002032250, Google académico: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=om9hgF4AAAAAJ> y Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8965-8658>
- ³ Abogada titulada de la Universidad Libre. Camargo & Cartagena Abogados en salud. Correo electrónico: anam-cruz@unilibre.edu.co; Cvlac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002032562, Google académico: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=5LQf4I4AAA AJ> y Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3471-7742>
- ⁴ Doctor en Ciencias de la Salud en el Trabajo, docente investigadora, Centro de investigaciones Socio jurídicas de la Universidad Libre seccional Bogotá. Correo electrónico liliana.parrao@unilibre.edu.co y lilianaparraosorio@hotmail.com; Cvlac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001490206; Google académico: <https://scholar.google.es/citations?user=JfksL0AAAAAJ&hl=es&oi=ao> y Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4128-4068>
- ⁵ Estudiante de Medicina, Universidad del Bosque – Colombia. https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generalCurriculoCv.do?cod_rh=0001725178 Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7168-5818>. https://scholar.google.es/citations?view_op=new_articles&hl=es&imq=DANIELA+Blanco#. danielajulianabalvararado@gmail.com

a una metodología de investigación de carácter cualitativo y bajo el método de investigación descriptivo, ya que el análisis se efectuó partiendo del marco normativo colombiano frente al tema en particular y a la bibliografía jurídica y médica que contextualiza a la salud como derecho y como servicio público.

Palabras clave: Salud, derecho fundamental, servicio publico

Abstract

Through this manuscript, it is intended to achieve a normative, historical and doctrinal contextualization of Health as a fundamental right and as a public service. The foregoing based on a qualitative research methodology and under the descriptive research method, since the analysis was carried out based on the Colombian regulatory framework regarding the particular topic and the legal and medical bibliography that contextualizes health as a right and as a public service.

Keywords: Health, fundamental right, public service.

Introducción

El derecho a la salud, siendo un derecho fundamental para el ser humano y a la vez un servicio público, es de especial protección por parte del Estado. Para el efecto, es importante anotar que en la puesta argumentativa, a través del marco jurídico, se destaca el especial papel de la jurisprudencia y de la interpretación de los jueces a favor de los derechos de los pacientes del servicio de salud y del servicio médico en general. Sin lugar a duda, hay una normatividad amplia actualmente que reglamenta la debida prestación de este servicio y que año a año irá reforzándose con nuevos pronunciamientos que ahonden y fortalezcan el cuerpo normativo. Lo dispuesto anteriormente supone toda una contextualización que a través de las presentes líneas será desarrollada.

Perspectiva Jurídica

La Constitución Política como norma de normas, en los artículos 11, 43, 44 y 49, reconoce que el derecho a la salud y el saneamiento ambiental propenden para el cuidado de la vida de hombres, mujeres y niños, motivo por el cual el Estado debe dirigir y establecer políticas para que tengan como fin: promover, proteger y recuperar la salud (Tique y Barón, 2020; Maldonado, 2017).

El Derecho a la Salud, además de Derecho Constitucional es un servicio público; es en este sentido que resulta procedente afirmar que al ser un servicio público que involucra la garantía fundamental de la vida, el Estado debe prestarlo a todos los integrantes del territorio colombiano. Partiendo de la premisa de que el derecho a la salud se considera un servicio público y que ello tiene conexidad directa con el derecho a la vida, es deber del Estado adoptar medidas que respeten y protejan el acceso de este a todos los integrantes del territorio colombiano (Blanco, 2020; Feria, 2020).

En el mismo sentido, la Sentencia T-001 del 2000 de la Corte Constitucional establece en concordancia con la Constitución que la atención médica debe ser integral, brindándoles a las personas que se encuentren afectadas un apoyo preponderante e inmediato. Por tal motivo, obliga a las entidades responsables de mantener la seguridad de no solo remitirse a consultas médicas sino también el deber de comprender terapias, las cirugías, los cuidados clínicos, los medicamentos, los tratamientos, el diagnóstico y su prevención. Dichos elementos hacen parte de una eficaz atención que asegura una cobertura competente de la seguridad social, a favor de personas de la tercera edad y demás beneficiarios con y sin protección especial constitucional (Mosquera y González, 2020).

Por tal motivo, la Corte obliga a las entidades responsables de mantener la seguridad, no solo remitir a consultas médicas sino también el deber de comprender todo el conjunto de actividades médicas que incluyen una atención eficaz desde el diagnóstico, tratamientos, medicamentos, cirugías y terapias, entre otros. Todos ellos asegurarían una cobertura eficaz de la seguridad social a favor de todos los beneficiarios con o sin protección especial constitucional. En este caso, se presenta la obligatoriedad de generar una integral protección a la salud.

Tanto los artículos constitucionales como la sentencia advierten que Colombia ha elevado a rango constitucional el deber del Estado de desplegar toda su actividad administrativa, a través de sus funcionarios, a favor del derecho a la salud y de todos los deberes que de este se desprenden, tales como los mencionados con anterioridad. Se habla de un fin constitucional y también internacional, en el momento en que el Estado se ha comprometido a través del bloque de constitucionalidad, con los deberes impresos en instrumentos internacionales y atendiendo de igual manera a lo que la OMS constantemente refiera. La constitución le ha reconocido el carácter de derecho inherente al ser humano y, por tal motivo, es prevalente, necesaria y urgente su prestación y protección (Gallego, 2014).

Por otro lado, el bloque de constitucionalidad que contiene el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) (ONU, 1976), en el artículo 12 parágrafo 1, nos habla acerca del derecho que toda persona posee sobre su salud mental y física en su más alto nivel de goce y, para ello, los Estados deben crear todas aquellas disposiciones suficientes para que este derecho sea efectivo (ONU, 1976). Comparada con la Sentencia T-797 de 2001, se haya una concordancia ya que revela que toda persona puede y debe acceder a un servicio sin barreras legales y, en este sentido, las entidades no deben hacer condicional la aplicación del derecho a la salud a preceptos de ley, ya que, en últimas, pueden terminar vulnerando otros derechos fundamentales (Corte Constitucional, T-797 de 2001; Guarín, 2013). Así pues, se plantea un análisis del deber ser del derecho a la salud como una máxima frente a asuntos administrativos, que en la práctica generan una traba a la prestación del derecho a la salud porque limitan, según las evidencias, su aplicación al evitar la realización de ciertos exámenes por no estar afiliados a un plan de salud (Guamán y Llorente, 2017).

Por su parte, según las leyes 10 de 1990, 1122 de 2007 y 1751 de 2015, del Congreso de la República, se propende la mejoría del sistema general de salud y la manera en que se dispone para los usuarios; la cual cuenta con la obligación de permitir el acceso a un servicio eficaz y oportuno de la salud.

Ahora bien, según la Resolución 1479 de 2015 y la 256 de 2016, ambas del Ministerio de Salud y Protección Social, el derecho a la salud se debe prestar de una manera integral al incorporar a las personas a un plan obligatorio de salud (POS), ya que las entidades territoriales les transfieren dinero a las entidades prestadoras de salud pública, con el fin de un correcto funcionamiento, una efectiva intervención y estrategias para el cumplimiento de las metas que se hayan propuesto de materia de salud (Resolución 1479, 2015; Resolución 256 de 2016). Bajo el mismo criterio, la sentencia del 28 de enero de 2013 y la sentencia del 30 de agosto de 2015, resaltan que debe haber una atención eficaz e inmediata por parte de todos los funcionarios de la institución prestadora de salud, adoptando los debidos protocolos al momento de una emergencia hospitalaria (Consejo de Estado, Sentencia 11158-02).

En consecuencia, debe existir un plan de cobertura nacional de financiamiento por parte de los gobiernos y a través de todos los actores nacionales, entre entidades territoriales y funcionarios, para que exista una sostenibilidad sólida en el funcionamiento de este servicio, así como una afiliación viable de todas las personas al sistema de salud, conforme un buen Plan Obligatorio de Salud. Además del financiamiento, igualmente se requiere de una buena capacitación profesional de quienes se encuentran inmersos en el sistema general de salud como forma de garantizar una atención completa y eficaz, en los ámbitos médicos y administrativos.

Según lo anterior, se infiere entonces que todo el cuerpo legal respecto al derecho a la salud está debidamente positivizado y estructurado desde el ámbito internacional, incorporándose al ordenamiento jurídico colombiano, hasta sus reglamentaciones procedimentales, para ponerlas en práctica. Estas normas son eficaces cuando hay un respectivo seguimiento y ejecución de estas; se entiende que hay una eficacia de la norma cuando la población cumple con ella, sin necesidad de levantar un juicio de justicia o validez. Es decir, realmente el derecho a la salud se encuentra blindado por varias normas, entre leyes, decretos y reglamentos, así como una amplia jurisprudencia que además de reconocer las falencias del sistema, buscan como fin principal la organización del sistema de salud a nivel nacional, para así poder generar una mayor protección y garantía del derecho a la salud.

A partir del análisis anterior, se refleja la existencia de una normativa propia del derecho a la salud, la cual es extensa, clara, vigente y con carácter exigible en su adaptación y cumplimiento por parte de las entidades prestadoras. Es así como surge un problema de eficacia del derecho ya que las normas jurídicas referentes al derecho a la salud en general y de manera de integral, no está siendo cumplida por las personas que deben garantizar este derecho. Es decir, que la exigibilidad propuesta por esta se ve en un estado difuso porque son pocas entidades que le dan la aplicación correspondiente y terminan dándole mayor valor a trámites administrativos que al derecho a la salud como derecho fundamental.

Finalmente, a raíz de la falta de control y vigilancia estatal a las entidades y órganos que tienen como función el cumplimiento de estas normas, se presenta la ineficacia de las mismas, y a su vez como consecuencia, se genera una vulneración de derechos fundamentales con especial ocasión del derecho a la salud. Luego, la falta de seguimiento estatal a las entidades prestadoras de salud también ha permitido que estas falten a sus deberes institucionales y constitucionales de garantizar el derecho a la salud.

Perspectiva Histórica

El derecho a la salud no tiene un punto histórico fijo para poder determinar una fecha o siquiera un contexto donde pudiese tener su nacimiento. Es más, hay que ir mucho más atrás en el tiempo, cuando no se le llamaba un derecho sino el privilegio – por llamarle de alguna manera – de la salud. Incluso: cuando era un mero hecho.

Consecuentemente, en cuanto a las primeras civilizaciones, habría que trasladarse al antiguo Egipto (3150 a 31 a. C). No se habla aun de una garantía propiamente, sino de protección por un “seguro” de la población de ese momento. Era algo cultural, y por ende, para este momento histórico de la humanidad no se contemplaba un concepto de derecho o protección de salud como tal sino de un sistema de aseguramiento en salud. Las normas en aquel momento no lo tenían en cuenta como una garantía, más sí como un hecho que se daba en la ciudades o pueblos de aquel Egipto, sin tener en cuenta que existía un grupo poblacional marginal del cual no se tienen registros, más que los relatos históricos; valga entonces precisar que este sistema no carecía de un ámbito de aplicación universal o general, puesto que los soldados, algunos personajes de la alta estirpe, nobles y los religiosos eran quienes gozaban de ese seguro – más bien, privilegio – de ser atendidos, curados y cuidados, con amplias expectativas de licencias y hasta pensiones de carácter permanente, ya que quienes tenían acceso a esto eran los funcionarios públicos, sacerdotes y guardianes del ejército. Es decir, aquellas eran las únicas personas que tenían los privilegios de salud y recuperación, licencia por enfermedad y pensión (Echeverri y Diez, 2015).

De esta manera, si se trata de enfocar el concepto de eficacia desde lo jurídico, en este contexto histórico, hay que detenerse; en primer lugar, los testimonios son históricos, luego, la eficacia de lo que se puede llamar derecho-privilegio a la salud podría evidenciarse solo en ciertos sectores; en segundo lugar, no se tiene certeza de qué tan eficaz pudo ser el sistema de aseguramiento de salud. Sin embargo, el historiador griego Heródoto (Echeverri y Diez, 2015) denominó a los egipcios con el seudónimo del pueblo de los sanísimos, debido a su incursión en obras de carácter higiénico, cultural y estructural. Había una construcción para el consumo de agua, otra para la utilización de este bien, otra para beneficio general – salubridad pública, entre otras, ya que existían notables modos de higiene en su civilización que contaban con gran trascendencia en la sociedad (construcción de canales para el desagüe de las aguas residuales, separación de aguas para el consumo humano, entre otros), aun con lo anterior, la salud era un asunto destinado para las élites. Así pues, no hay que quedarse estrictamente con el testimonio de Heródoto.

Por otro lado, hace un poco más de 2000 años en territorio colombiano, la salud cumplió un rol elemental pero tenía un hilo argumentativo de derecho específico; no había la noción del derecho a la salud entendido desde el campo del derecho tal como lo percibimos hoy en día, ni siquiera como una prestación social – concepto que, al fin y al cabo, vino un par de milenios después –; empezó teniendo lugar como una medicina ejecutada a través de los siguientes tipos: primero, un tipo empírico–biológico, cuyo modelo se basaba en la observación y aplicación de la naturaleza; como segundo tipo, el mágico–espiritual, un modelo místico donde se creía que dios, o cualquier deidad o deidades, castigaba por medio de las enfermedades, todo ello en el marco de solidaridad y ayuda mutua para atender las enfermedades de los miembros de la comunidad. No era un derecho, menos un privilegio; en definitiva, no se hablaba de eficacia – ni tampoco de otros enfoques –, más bien, se hablaba de un arraigo cultural, que desde un punto de vista más sociológico que jurídico, se podría destacar la vida social común de los integrantes de una comunidad indígena. Incluso, la recuperación en salud era distinta: física y espiritual; el uso de los frutos y cultivos que brinda la propia naturaleza para ponerlos al servicio de los más enfermos y vulnerables, por un lado; y en la otra mano: si así una fuerza superior lo ha de disponer, no puede la naturaleza ponerse en servicio del integrante de la comunidad para poder sanarle (fuera por disposición de costumbre “cuasi normativa”, fuera por la gravedad de la enfermedad que padeciera) (Echeverri y Diez, 2015).

Algunos siglos después del contexto egipcio, nos ubicamos ahora en la época del cristianismo (siglos V al XV). En lo referente al mundo occidental, se ubica geopolíticamente una sociedad feudalista con una economía excluyente y de estratificación social (clase noble-siervos). Existían algunas ideas de derecho natural traídas de Aristóteles y armonizadas en el contexto por Santo Tomas de Aquino, el cual, les dio un enfoque religioso (dejando de lado lo político), porque se comienza a hablar de la ley divina o ley de Dios – desde lo jurídico, una norma general – que todos cumplieran. Sin embargo, la salud no se entendía dentro de un catálogo de normas – fueran dadas por “Dios” o quien le representase en el mundo – no como un derecho esencial o vital sino más bien como un acto de compasión a favor del débil o del enfermo por mandato espiritual (Echeverri y Diez, 2015); Por ende, no era concebido como un derecho sino como un acto de voluntad de quienes, por un sentimiento de piedad con ocasión de su labor eclesiástica, cobijaban a los enfermos. Por otro lado, la salud, volviendo al contexto antiguo, estaba directamente relacionada a la capacidad adquisitiva de las personas, pues solo aquel que tenía el dinero accedía a un servicio de salud fácil y óptimo (concepto derecho-privilegio); posteriormente, los siervos recibían este servicio de manera precaria, todo bajo la idea de piedad. En últimas, la eficacia era parcializada y desigual.

Respecto a Colombia, conocida antes del siglo XIX como el virreinato de la Nueva Granada, al final del siglo XV se instaura un nuevo paradigma político-social para los indígenas de aquel territorio, ya que los sacerdotes cristianos prohibieron las prácticas indígenas por considerarlos ritos demoniacos y, en su lugar, instauraron la idea de la piedad. En este sentido los únicos que accedían al servicio de la salud eran los españoles y algunos criollos, puesto que para las demás clases y razas no había acceso. Se retorna a la idea de que la salud era un servicio a favor de las clases más altas, quienes tenían el poder. La eficacia de la salud era puesta en movimiento con

el bolsillo de aquellos quienes eran considerados los privilegiados, y, por otro lado, la eficacia de la recuperación en salud que venía con las comunidades indígenas fue totalmente desecha. A propósito, no se tiene un registro de alguna actividad eclesiástica a favor de los enfermos – salvo por el tiempo en que se dio el fenómeno de la peste –, que fuese practicada bien por piedad, bien por voluntad (Echeverri y Diez, 2015).

En particular, la historia se ha desarrollado en la forma en que un poder se alza contra otro, y en este caso, se tiene la primera declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789, que tuvo lugar dentro del suceso histórico de la Revolución Francesa, donde la finalidad de toda agrupación política se basaba en la conservación de los derechos naturales e inalienables del hombre. Incluso, en el año 1793, cuatro años después de dicho acontecimiento, la Convención Nacional Francesa aprobó otra declaración reemplazando la anterior, que garantizara el goce de los derechos de manera absoluta. En esta época los primeros elementos radicaban en el Estado, una entidad que se enfocaba en asegurar la máxima del bienestar social, mental y físico aunque no fuese tan eficaz como debía ser; es decir, se veía implícito el reconocimiento de que todo ser humano que se encontrara en estado de vulneración era requirente de esta, pero había que tomar ciertas medidas político-jurídicas para que la nueva declaración se cumpliera en mayor medida. Sin embargo, para estas circunstancias el derecho a la salud se seguía observando desde la perspectiva individual donde cada quien se hacía cargo de proveerse, una percepción que se suscitaba desde un individualismo extremo, pues su raíz se encontraba basada en la idea según la cual habría que aceptar la intervención del Estado como algo sensible (Echeverri y Diez, 2015).

Coincidentemente, en Colombia nació el movimiento de independencia impulsado por los precursores de las naciones republicanas que forjaron la independencia del reinado español. Es así como en el año 1793, Antonio Nariño, quien fue el encargado de liderar la independencia de Colombia, realizó la traducción al idioma castellano de la primera declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Al ser incautado por las autoridades y con Antonio Nariño acusado y llevado a la cárcel, este documento salió a la luz hasta el año de 1811. Aun así, en Colombia el derecho a la salud seguía siendo visto como un individualismo extremo donde cada cual debía proveerse, y solo hasta la existencia de epidemias como la fiebre amarilla o el cólera fue un hecho relevante que dio lugar al cambio de percepción y que llevarían al desarrollo de los últimos aspectos de la configuración de un derecho verdadero, pleno y universal a la salud.

Cómo último hito, se encuentra la Organización Mundial de la Salud (OMS) creada en 1948. La OMS se ha comprometido a incorporar la salud en programas y políticas de ámbitos nacionales y regionales, dándole un enfoque integral a la salud en el ámbito de derechos humanos. Ejerciendo la OMS un papel de liderazgo en el campo político, técnico e intelectual en lo referente al derecho a la salud, fortaleciendo a los Estados para que le den un criterio a la salud orientado por los derechos humanos, promoviendo la salud en el derecho internacional y en los procesos de desarrollos internacionales (OMS, 2017). Con relación a Colombia, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, se establece que el derecho a la salud se

debe garantizar a todas las personas conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, siendo este tomado como un derecho fundamental y con especial protección del Estado, evidenciándose una aplicación integral a todas las personas sin importar sus condiciones (Const. 1991, Art. 49).

El derecho a la salud desde los inicios del ser humano se le ha reconocido como esencial a este, pero a través de la evolución del individuo ha recibido diversas interpretaciones las cuales han sido muy generales, es decir, no fueron específicas en su definición y aplicación como derecho fundamental, haciendo que en la práctica no involucre a todos los individuos (sistema de aseguramiento en salud solo para los nobles). Así mismo, se desdibujó la esencialidad de este derecho al permitir que solo ciertos individuos tuvieran acceso a este.

Estaba claro que la salud era para las clases privilegiadas; sin embargo, en un punto de la historia se entra en debates morales y religiosos, a tal punto de cuestionar si otros individuos por situación de deplorabilidad también podrían llegar a tener el mismo acceso. Aun así, el derecho a la salud necesita de pragmática y no de debates filosóficos para su eficacia.

A partir de la creación de ciertas organizaciones internacionales se le dio una definición determinada y exacta al derecho a la salud, como derecho fundamental. Se entiende que el derecho es un instrumento al servicio de ciertos fines o efectos sociales que deben estar proyectados, aunque esa proyección en la práctica no se vea (Rodríguez, 2016; Rodríguez, 2014). Se presenta, así, una falta de coordinación de la norma y la realidad, debido a los múltiples obstáculos que se presentan al ingresar a un sistema de salud.

Perspectiva doctrinal

La salud es un servicio público esencial y a la vez un derecho fundamental de los colombianos. Desde un punto funcionalista, su análisis debe ser conjunto a su realidad social moderna; en este sentido, el derecho a la salud tiene un esquema de acción muy amplio que recae en la sociedad como derecho fundamental y en su estructura institucional como un servicio público esencial (Patarroyo y Benavides, 2014). En ambas perspectivas, interviene el ordenamiento jurídico, es decir, la Constitución, leyes, así como los reglamentos internos de cada institución prestadora del servicio.

Es necesaria la noción y concepto dados por cada autor para hablar del derecho a la salud y su incidencia en la práctica jurídica. Respecto al derecho a la salud, Hernández (2000) lo identifica como un derecho fundamental que debe ser brindado a todas las personas de un territorio, ya que es una forma de seguridad social en Colombia; sin embargo, Talcott Parsons medio siglo antes advirtió que es el principal elemento que equilibra el sistema social y que contribuye al control social (Parsons, 1951). Por otro lado, Claus Roxin sostuvo que se trata de un derecho abierto con una estructura ya establecida por la política de un Estado que debe ser coherente a las necesidades del presente (Roxin, 1979). De esta manera los conceptos de Hernández (2000),

Parsons (1951) y Roxin (1979) coinciden en que se trata de un derecho social, propio de los seres humanos y coercitivo para el Estado, que debe ser estudiado como se presenta en la realidad, ya que se encuentra avalado por una norma que influye en la estructura de la institución.

En ese mismo orden, otro autor importante es *Jürgen Habermas* (2009), quien afirma la importancia del análisis del derecho a la salud como derecho social, para evitar la arbitrariedad, la represión y la humillación (secuelas de la segunda guerra mundial) que se evidencia en la no prestación de un derecho fundamental como aquel, para dar fin a luchas sociales y para la reivindicación de un derecho moral, propio del ser humano (Habermas, 2009). En el mismo sentido Elías Castro – en la actualidad – coincide con Habermas en la medida en que plantea que es necesario para la construcción ontológica y práctica del Estado social de derecho, proteger a los ciudadanos en su derecho a la salud (Castro, 2010).

Este derecho a la salud se manifiesta en la realidad, según Hernández (2000) y Roxin (1979), en quienes se presenta una similitud en su concepto teórico, a través de los principios constitucionales que están estructurados a la política estatal; sin embargo, Hernández reconoce que el derecho a la salud es un principio, efectivamente, como Roxin lo afirmó, pero advirtiendo que se necesita superar los obstáculos estructurales para garantizar este principio. Mientras que Roxin se queda en el pensamiento estricto de la normativa constitucional, Hernández le da trascendencia a cómo se debe ver en la realidad.

Por otro lado, Castro (2010) y Hernández (2000) tienen una diferencia frente a Roxin (1979), ya que para aquellos el derecho a la salud radica en un código cultural de las personas, las cuales a través de sus acciones permiten la existencia del derecho. La norma no existe por su validez sino por su cumplimiento natural al ser un derecho propio del ser humano. Así mismo, Habermas manifiesta que, el derecho a la salud como derecho fundamental no se debe plasmar necesariamente en una norma, sino en una realidad jurídica construida a partir de una moral del colectivo social (Habermas, 2009).

Respecto a los autores anteriormente nombrados, lo que no puede faltar para aplicarse el derecho a la salud o, en otras palabras, lo que es regular en el derecho a la salud, se presenta en dos direcciones: por un lado, está la de los autores Hernández (2000) y (Parsons, 1951) que reconocen que al ser una sociedad donde cada persona tiene diferentes tareas y distintos conocimientos, es decir, tiene una especialidad o un rol el cual, quien preste este servicio a la salud deber estar capacitado para ello y no cualquier persona. Esto, se comprende, es una forma de reducir el obstáculo de una mala atención en salud. Por otro lado, está la de Roxin (1979), quien le asocia a la necesidad de la aplicación del principio de prevención. Es decir, aplicar una norma para evitar un perjuicio futuro; la materialización del derecho a la salud no debe versar siempre por una sanción o fallo judicial como forma de garantía de este, sino que ha de ser por el respeto al artículo 49 constitucional.

Alternativamente, Habermas (2009) prevé que los elementos que no pueden faltar son el concepto de dignidad humana, la legitimación social y una institución que salvaguarde este derecho. Así

mismo se pronuncia Elías Castro (2010), afirmando que es importante la legitimidad y también la realización de una prueba de adecuación entre este derecho y la realidad social, es decir, una vigilancia y control de la aplicación del derecho a la salud.

Como último aspecto, el cual consiste en los elementos que permiten darle funcionalidad al derecho a la salud, se encuentran distintos contrarios dialécticos. En primer lugar, Parsons (1951) habla de los instrumentos primarios para mantener el orden en tanto estructuras normativas interiorizadas y asimiladas por los individuos, para así ser producida por la sociedad. En segundo lugar, Habermas (2009) considera que los elementos que garantizan este derecho son los de una tutela aplicable y tribunales constitucionales que hagan efectiva esta. En tercer lugar, Elías Castro (2010) sostiene que los contrarios dialécticos deben ser la legitimidad y el diálogo constante sobre este derecho. Como cuarto y último lugar, tenemos la perspectiva de Hernández (2000) y Roxin (1979) que apuntan a una efectividad del Estado donde se cumpla la normatividad creada para desarrollar la aplicación del derecho a la salud.

Podemos abstraer de lo anterior que, como Estado social de derecho, es necesario que este reconozca los derechos fundamentales como lo es el derecho a la salud a quienes hacen parte de esa realidad social vivida (Guarín y Aldana, 2016; Garzón, 2013). De esta manera, el derecho a la salud se manifiesta del actuar de una conciencia colectiva o moral de la sociedad y no de una norma, que se desarrolla por las realidades vividas por el individuo. El derecho a la salud, igualmente, tiene una alta prioridad ya que debe ser prestado por personas capacitadas para ello; es decir, roles especializados a fin de prevenir la afectación de la dignidad humana, además de ser legitimada por un colectivo social (Pastrana, 2018).

Para el orden social es importante la estructura normativa, que ella sea interiorizada y legitimada por los individuos, para así producir una efectiva aplicación de las normas, donde estas deben velar por el cuidado en salud personal y de la comunidad de forma integral (Guarín, 2015). Otro elemento esencial es la tutela de este derecho a cargo de instancias jurisdiccionales, aplicando los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que están encaminados a generar políticas para ejercer una vigilancia y control (Buitrago, 2018).

Así pues, el derecho a la salud de los pacientes que hacen uso del sistema de urgencias de los hospitales públicos de Bogotá, en relación con la evidencia documental se ve afectado en tres aspectos desde el punto de vista de los indicativos anteriores.

Se debe garantizar a todos los individuos del territorio nacional, independientemente de su procedencia y connotación, el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, por ser un Estado Social de Derecho. Este concepto no se acopla a las circunstancias dadas por la evidencia, ya que a los pacientes no se les garantizó una eficaz recuperación de la salud. Finalmente, le corresponde al Estado la organización y la reglamentación de la prestación de servicios, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Velasco, 2016).

Conclusiones

Como se demostró, existe un amplio cuerpo normativo sobre la salud como derecho fundamental y como servicio público para la protección **de los usuarios del sistema** de salud.

Luego del análisis histórico, normativo y doctrinal, se evidenció que Colombia, al ser un Estado Social de Derecho, no puede faltar en la intervención del Estado en cuanto a las funciones que están establecidas en la Constitución Política, lo que incluye la revisión y seguimiento del funcionamiento de la asistencia médica que prestan los hospitales públicos. Además, debe darse una organización amplia en cuanto a personal, estructura y la capacitación profesional para ello. En síntesis, se constató que el derecho a la salud es un servicio público a cargo del Estado, quien debe organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio, así como ejercer vigilancia y control frente a la entidades públicas o privadas que presten el servicio.

Referencias

- Blanco, C. (2020) El recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, atendiendo el escenario de la pandemia por el Covid-19 en el Estado colombiano. *Revista Novum Jus*. 15(1). 17-40 DOI: 10.14718/NovumJus.2021.15.1.2.
- Buitrago, M. (2018). Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y Constitución democrática. *Verba Iuris*, (41). 15-45. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4646>
- Castro, E. (2010) *Derecho, democracia y derechos humanos a partir de Jürgen Habermas*. *Verba Iuris*, (24) 155-169. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2166>
- Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. Sentencia 11158-02. (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 31 de agosto de 2015). <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/644884661>.
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 49.
- Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia T-001 del 2000. (M. P. José Gregorio Hernández Galindo: 12 de enero de 2000). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-001-00.htm> .
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-797 de 2001. (M.P. Jaime Araujo Rentería: 31 de julio de 2001). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-797-01.htm>
- Echeverri, C. y Diez, J. (2015) Historia del Servicio Público a la Salud. *Nuevo Derecho*, 11(17) 141-151. <http://bibliotecadigital.iue.edu.co/handle/20.500.12717/2839>
- Feria, K. (2020). La seguridad y la salud en el trabajo. Una aproximación a través del Derecho penal cubano. *Revista IUSTA*, (52), 15-50. doi: <https://doi.org/10.15332/25005286.5481>

- Gallego, J. (2014) Paradoja y complejidad de los derechos humanos en la sociedad moderna. Sentido y comunicación. *Revista IUSTA*, (40) 143-165. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/2453>
- Garzón, E. (2013) Globalización del derecho, fetichismo legal el velo de los Derechos Humanos. *Verba Iuris*, (30). 169-181. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2154/1636>
- Guamán, A. y Llorente, R. (julio-diciembre, 2017). La apuesta por un reconocimiento constitucional amplio del derecho al trabajo y a la seguridad social en Ecuador. *Diálogos de Saberes*, (47). 169-191. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.47.2017.1701>
- Guarín, E. (2015). Una aproximación filosófico-jurídica al sentido de la expresión: “Realización efectiva de los derechos”. *Verba Iuris*, (34), 147-159. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/16/14>
- Guarín, E. (2013). Persona y realización efectiva de derechos. *Revista IUSTA*, 1(38), 133-154. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/1092>
- Guarín, E. y Aldana, J. (2016). Estado jurisdiccional y bien común. *Verba Iuris*, 11(36), 13-26. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1001>
- Habermas, J. (2009) Instrumentos para construir una utopía realista. *Cuadernos de Alzate*, (41). <https://bcehricardogaribay.wordpress.com/2010/07/15/los-derechos-humanos-instrumentos-para-construir-una-utopia-realista/>
- Hernández, M. (2000) *El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización*. *Revista de Salud Pública* 2(2). 121 – 144. <http://www.scielo.org.co/pdf/rsap/v2n2/0124-0064-rsap-2-02-00121.pdf>
- Maldonado, G. (2017). La afiliación fraudulenta en el sistema de seguridad social integral colombiano. *Revista Via inveniendi et Iudicandi*, 12(2). 73-99. DOI: <http://dx.doi.org/10.15332/s1909-0528.2017.0002.03>
- Mosquera, L. y González, A. (2020). Las brechas socioeconómicas y su relación con la corrupción: elementos clave a la hora de formular políticas públicas. *Revista IUSTA*, (52), 103-122. doi: <https://doi.org/10.15332/25005286.5485>
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (1976) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/cescr_SP.pdf
- OMS (2017) *Salud en las Américas*. Washington. <https://www.paho.org/salud-en-las-americas-2017/wp-content/uploads/2017/09/Print-Version-Spanish.pdf>
- Parsons, T. (1951) *Teoría de la acción social*. Estados Unidos.

- Pastrana, V. (2018) Análisis del nexo causal en la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista Vis Iuris*, 5(10). 63-86. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/1163>
- Patarroyo, S. y Benavides, P. (2014). Rupturas Asignificantes: Revisiones críticas en torno al derecho. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(1) 7 – 31.
- Resolución 1479 de 2015. [Ministerio de Salud y Protección Social] Por la cual se establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios de tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud suministradas a los afiliados del Régimen subsidiado. 7 de mayo de 2015.
- Resolución 256 de 2016. [Ministerio de Salud y Protección Social] Por la cual se dictan disposiciones en relación con el Sistema de Información para la Calidad y se establecen los indicadores para el monitoreo de la calidad en salud. 5 de febrero de 2016. <Http://www.acreditacionensalud.org.co/sua/Documents/Resoluci%C3%B3n%200256%20de%202016%20SinfCalidad.pdf>.
- Rodríguez, A. (2014) Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(2). 135-175. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2438/2379>
- Rodríguez, E. (2016) El pasaje del estado y el derecho a la postmodernidad. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(2). 11-37. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3274/3086>
- Roxin, C. (1979) *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires.
- Tique, D. y Barón, C. (2020). Garantías judiciales de la infancia en la prestación defectuosa de los servicios médicos. *Revista IUSTA*, (53), 137-160. doi: <https://doi.org/10.15332/25005286.6274>
- Velasco, N. (julio-diciembre, 2016). Constitucionalismo y Estado Social de Derecho en Colombia. *Diálogos de Saberes*, (45). 49-65. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1078>.