

BERNARDO CARVAJAL SÁNCHEZ

*Un nuevo derecho administrativo de la salud  
para una paz durable en Colombia*



SUMARIO: Introducción; I. El olvido de la salud por parte del derecho administrativo colombiano; A. La dicotomía entre el sistema de seguridad social en salud y el derecho fundamental a la salud; B. La necesidad de abordar la salud a partir de las funciones administrativas ligadas a su garantía institucional; II. Los retos del derecho administrativo de la salud para construir la paz; A. Superar los problemas generales de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; B. Anticipar los problemas específicos relativos a la salud en el posconflicto; Conclusión general; Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

En Colombia, relacionar jurídicamente la paz, la salud y el derecho administrativo, de manera adecuada y sistemática, es una tarea inacabada para el Estado y la sociedad. En la actualidad, con ocasión del proceso de paz más importante de los últimos tiempos, adelantado para poner fin al conflicto armado interno con las FARC, esa tarea se impone con mayor urgencia si se pretende erradicar la exclusión, el maltrato o la mala calidad de la salud, como causas tenidas en cuenta por algunos para entrar en rebelión. Las vías del derecho constituyen ahora el único camino a seguir, no solo para construir en la práctica un Estado social de Derecho, sino también para que la violencia armada no sea nunca más considerada como una forma de hacer justicia.

En primer lugar, la Constitución de 1991 señala que la paz es uno de los fines por los cuales el pueblo colombiano tiene un proyecto constitucional (preámbulo); que la convivencia pacífica es uno de los fines esenciales que el Estado debe asegurar (art. 2.º), y establece igualmente que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (art. 22). Así, visto como derecho constitucionalmente protegido, más que la fuente de derechos subjetivos individualistas y/o grupales, se trata sobretodo de un derecho o interés colectivo, pues es de naturaleza primordialmente indivisible y supraindividual.

En efecto, si por un lado la paz es un derecho, es sin duda de “aquellos de los cuales somos todos titulares sin distinción alguna y cuyo disfrute pleno y normal nos corresponde en aras del bienestar, la salubridad, la convivencia, la calidad de vida, en fin, de los propósitos generales que nos involucran como miembros de la colectividad nacional”<sup>1</sup>. Por otro lado, aplicando criterios

---

1 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 747.

jurisprudenciales<sup>2</sup>, su carácter colectivo se observa porque la paz se proyecta de manera unitaria a toda la colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. De ahí que la paz se deba alcanzar o salvaguardar para todos, sin que sea posible por irrazonable excluir a sus beneficiarios. Cuando la paz como derecho o interés colectivo se ve afectada, todos los miembros de la comunidad deben considerarse afectados, así los actos específicos de violencia no recaigan directa e inmediatamente, al mismo tiempo, sobre todos los individuos o grupos sociales.

Como deber, la paz impone ciertamente cargas a todos y cada uno de los miembros de esta colectividad llamada Colombia. Sin embargo, desde la óptica del derecho público la paz es un derecho de interés colectivo, y un deber cuyo principal promotor es el Estado, sin perjuicio del deber de paz en el actuar de cada uno de los miembros de la sociedad. Ahora bien, tras haber hecho referencia al derecho público, es menester reconocer que la gran mayoría de juristas no suele abordar cotidianamente la paz, por lo que resulta una noción poco conocida desde lo jurídico.

Podría sostenerse que hay dos maneras de aproximarse a la paz. La primera de ellas corresponde a lo que se denomina una “definición negativa” de paz, que consiste en definirla como la ausencia de conflicto armado interno o de guerra exterior. Esta primera aproximación sería cercana a las categorías jurídicas de orden público (conservación o mantenimiento del orden público material), uso de la fuerza pública (para conservar el orden público) y negociación de acuerdos de paz (para poner fin a un conflicto armado).

La segunda aproximación corresponde a una “definición positiva” de paz, donde la paz no solo es la ausencia de conflicto, sino sobre todo la construcción de condiciones materiales, morales, políticas, económicas, sociales y jurídicas para que la misma sea estable y duradera. No es casualidad, por cierto, que las negociaciones de La Habana con las FARC tengan como objetivo llegar a la adopción de un “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, donde se reúnen tanto la definición negativa como la positiva.

Al respecto podría retomarse la célebre clasificación de Galtung, según la cual al hablar de paz se puede estar haciendo a tres cuestiones distintas, a saber: hacer la paz (*peacemaking*), conservar la paz (*peacekeeping*) y construir

---

2 Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004.

la paz (*peacebuilding*)<sup>3</sup>. Nótese cómo a las dos primeras acepciones subyace la definición negativa de paz como ausencia de conflicto (haciendo y conservando la paz), mientras que la última acepción subyace la definición positiva de paz como condiciones y garantías cotidianas para que la ausencia de conflicto sea duradera y sostenible (construyendo la paz).

Algunos autores sostienen, con mucha razón, que la mejor política pública en materia de paz es aquella que apunta a prevenir la repetición o el surgimiento de conflictos mediante la prevención proactiva de la violencia<sup>4</sup>. En efecto, este último tipo de prevención resultaría más costo-eficiente que la prevención represiva o que la supresión (siempre transitoria) por la fuerza de la violencia<sup>5</sup>; pues esta última tiende además a crecer y expandirse figuradamente como un espiral. En otros términos, para una paz entendida como *peacebuilding* es mejor invertir en el desescalamiento del conflicto (aquí hay innegablemente una dosis previa de *peacemaking*), y en la reversión de las fuentes del mismo, en lugar de en invertir en el combate armado, esto es en el escalamiento del conflicto, pues esto, en definitiva, resulta muy poco productivo en todo Estado y en toda sociedad.

Precisado lo anterior, pasaremos en segundo lugar al otro elemento que debemos asociar aquí con el derecho administrativo: la salud. De entrada cabe indicar que aunque pueda sostenerse que en el derecho colombiano existe un sistema de seguridad social en salud, y un derecho a la salud, es decir, que la salud está jurídicamente calificada de diversos modos, siempre habrá vacíos con respecto a su noción misma que es, en últimas, objeto de todos los desarrollos jurídico-normativo-administrativos.

Si bien es cierto que la pregunta ¿qué es la salud? trasciende el derecho, no menos cierto es que lo condiciona pues, de otro modo, ¿cómo podríamos fijar los límites del derecho a la salud, del sistema de salud y de las prestaciones de salud a cargo de la política sectorial liderada a nivel nacional por el Ministerio

---

3 JOHAN GALTUNG. “Three Approaches to Peace: Peacekeeping, Peacemaking, and Peacebuilding”, en *Peace, War and Defense: Essays in Peace Research*, vol. II, Copenhagen, Christian Ejlert, 1976

4 Cfr. LUC REYCHLER. “From conflict to sustainable peacebuilding: concepts and analytical tools”, en L. REYCHLER y T. PAFFENHOLZ. *Peace-building. A field guide*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2001, pp. 3-8.

5 *Ibid.*, p. 4. Para REYCHLER, la paz sostenible es aquella “situación caracterizada por la ausencia de violencia armada, la eliminación de formas inaceptables de discriminación política, económica y cultural, un alto nivel de legitimidad estatal interna y externa, auto-sostenibilidad y propensión al aumento de la transformación constructiva de los conflictos”: *ibid.*, p. 12.

de Salud?<sup>6</sup>. Parece innegable que los avances de la ciencia y la tecnología, por un lado, y del discurso jurídico, por otro, se ven reflejados en la definición positiva, holista y extremadamente exigente de salud fijada en el preámbulo del acto constitutivo de la Organización Mundial de la Salud, donde esta es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o discapacidad”<sup>7</sup>.

Ahora bien, esa definición, satisfactoria en abstracto, no es para nada pacífica en concreto. Por ejemplo, ¿cómo no caer a partir de ella en una noción puramente subjetiva y relativa de salud, que pueda incluso confundirse con la de felicidad o la de otro estado emocional? Después de los trabajos de Georges Canguilhem sobre lo normal y lo patológico, la filosofía de la ciencia se debate entre naturalismo y normativismo, relativismo y constructivismo, para definir la salud y la enfermedad<sup>8</sup>. Así, al día de hoy, no necesariamente coinciden los significados de las expresiones “enfermedad” (*disease*), “estar enfermo” (*illness*) y “ser un enfermo” (*sickness*), siendo la primera más objetiva, la segunda más subjetiva y la tercera más social<sup>9</sup>. Por ello, el derecho no puede ignorar esas incertidumbres conceptuales extra-jurídicas y debe, por el contrario, garantizar un nivel de certidumbre jurídica respecto de los límites del campo de la salud.

En gran medida esa tarea le corresponde conjuntamente al derecho constitucional de los derechos fundamentales, al derecho de la seguridad social en salud y al derecho administrativo de la salud. En particular, la inserción de la salud dentro del derecho administrativo permite una problematización mucho más focalizada sobre uno de los mayores retos del derecho administrativo para la paz. Concretamente, puede de este modo preguntarse: ¿de qué manera, mediante el estudio y puesta en marcha de cuáles funciones administrativas, se lograría insertar la salud en un derecho administrativo para la paz? Al respecto habría que explorar sin duda cuál ha sido el papel y cuál el estado actual de la

---

6 Cfr. ANNE LAUDE, BERTRAND MATHIEU y DIDIER TABUTEAU. *Droit de la santé*, 2ª ed., Paris, PUF, 2009, p. 3.

7 Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de sesenta y un Estados (*Official Records of the World Health Organization*, n.º 2, p. 100), que entró en vigor el 7 de abril de 1948. Disponible en [<http://www.who.int/suggestions/faq/es/>].

8 Cfr. ÉLODIE GIROUX. *Después de Canguilhem: definir la salud y la enfermedad*, Bogotá, Universidad El Bosque, 2011

9 *Ibid.*, p. 21.

disciplina académica llamada derecho administrativo, y de sus herramientas conceptuales, en la garantía del acceso a los servicios relacionados con la salud.

En ese orden de ideas, en una primera parte será posible constatar un cierto olvido del tema de la salud por el derecho administrativo colombiano (I), situación que es, sin embargo y por fortuna, totalmente reversible. Hecho lo primero, podrán luego en una segunda parte distinguirse los retos del derecho administrativo de la salud para construir la paz (II), de los cuales tenemos que unos son generales, ligados a los principales problemas estructurales del sistema colombiano de salud, mientras que otros son especiales porque solamente aparecen en el marco del posconflicto.

## I. EL OLVIDO DE LA SALUD POR PARTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

Puede afirmarse que en Colombia hay un déficit de derecho administrativo en materia de salud, pues esta tiende a abordarse jurídicamente en el contexto de una dicotomía entre el derecho de la seguridad social en salud y el derecho del derecho fundamental a la salud (A). Ante ese déficit surge la necesidad de abordar la salud desde la disciplina del derecho administrativo, esto es, a partir de las funciones administrativas ligadas a la garantía institucional de la salud (B).

### A. LA DICOTOMÍA ENTRE EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

En el artículo 49 de la Constitución de 1991 se encuentran los mandatos que determinan las características del derecho administrativo de la salud en Colombia; a saber:

- i) la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado; ii) se garantiza para todos el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; iii) el Estado organiza, dirige y reglamenta la prestación de servicios de salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; iv) el Estado también establece las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejerce su vigilancia y control; v) igualmente, el Estado fija las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares en materia de salud, y determina los aportes a su cargo; vi) los servicios de salud se deben organizar en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de

la comunidad; vii) la ley podrá fijar las condiciones para que exista una atención básica en salud que sea gratuita y obligatoria.

Sin embargo, con posterioridad a la expedición y entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el derecho infra-constitucional de la seguridad social asumió un papel protagónico en la materia, a tal punto, que la salud solo era un derecho de tipo prestacional subordinado a los desarrollos del sistema de seguridad social en salud<sup>10</sup>.

Esa inserción de la salud al interior del derecho de la seguridad social se explica porque el sistema de seguridad social es, desde el punto de vista de la administración pública, un mecanismo de gestión de la escasez, o mejor, de adjudicación de la escasez. Dicha escasez obedece a que los recursos económicos y posibilidades científicas para la promoción, prevención y recuperación de la salud son limitados, finitos y evolutivos, por lo que la administración debe delimitar el “alcance subjetivo del correspondiente derecho prestacional”<sup>11</sup>.

En otros términos, la seguridad social en salud pretende satisfacer un óptimo de universalidad, accesibilidad, oferta suficiente de servicios de salud, control de la demanda de dichos servicios. Es decir, se trata de un régimen jurídico particularmente concebido para la administración de recursos escasos. Sin embargo, por una especie de efecto pantalla (*loi-écran*) respecto de la eficacia normativa constitucional, tanto el servicio público de salud como el derecho a la salud quedaron durante varios años (de 1993 a 2008) a merced exclusiva del derecho positivo de la seguridad social.

Ahora bien, a partir de la célebre Sentencia T-760 de 2008 proferida por la Corte Constitucional comienza un segundo periodo donde la salud se puede proteger judicialmente, esencialmente mediante la acción de tutela, pues se le reconoció pretorianamente como un derecho fundamental autónomo y multidimensional<sup>12</sup>. A partir de ese momento se dio inicio a una profunda disociación entre el desarrollo jurisprudencial constitucional del derecho social fundamental a la salud y el desarrollo legislativo, reglamentario y regulatorio del sistema de seguridad social en salud.

---

10 Cfr. BERNARDO CARVAJAL. “La Corte y el Sistema”, *Revista Semana*, Separata especial Sector Salud, abril de 2015, p. 32.

11 LUIS ARROYO y DOLORES UTRILLA (dir.). *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 26.

12 Cfr. BERNARDO CARVAJAL. “La Corte y el Sistema”, cit.

Así, independientemente del grado de desarrollo del sistema de salud, la jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoció una gran variedad de derechos subjetivos que se pueden desprender de la salud, entendida como derecho fundamental, es decir, como una norma jurídica cuya estructura obedece inicialmente a la de un principio en constante maximización<sup>13</sup>. En este contexto se comenzó a vislumbrar la protección de la salud como una manifestación del denominado litigio estratégico, donde el reconocimiento del derecho, el acceso a las prestaciones y la progresividad misma del sistema dependerá ahora de los jueces, es decir, del alea de un triunfo judicial y de la calidad regulatoria por la vía poco ortodoxa y poco técnica del seguimiento al cumplimiento de los fallos judiciales<sup>14</sup>.

Entre esos derechos amparables de manera directa e inmediata, independientemente del grado de desarrollo de la faceta prestacional ligada a la seguridad social, encontramos los siguientes según la precitada Sentencia T-760 de 2008:

- i) el derecho a acceder a los servicios de salud con calidad, eficiencia y oportunidad;
- ii) la protección especial e igual a los niños y niñas de los regímenes contributivo y subsidiado; iii) el derecho a que las EPS valoren científica y técnicamente el concepto de los médicos externos vinculados al sistema de salud cuando éstos consideren que sus pacientes requieren servicios de salud con necesidad; iv) el derecho a que los pagos moderadores no se constituyan en barreras de acceso a los servicios de salud cuando las personas no tengan capacidad económica para soportarlos; v) el derecho a acceder al diagnóstico médico; vi) el derecho a que cuando una EPS no utilice los mecanismos de cobro con que cuenta para lograr el pago de los aportes atrasados, no pueda negar el reconocimiento de incapacidades laborales aduciendo la falta de pago o cancelación extemporánea de las cotizaciones; vii) la protección especial de quienes padecen enfermedades catastróficas o de alto costo, no pudiéndoseles cobrar copagos; viii) el derecho a acceder a los servicios de salud con continuidad; ix) el derecho a acceder a información adecuada y oportuna, así como a un acompañamiento durante el proceso de solicitud del servicio, con la finalidad de asegurar el goce efectivo del derecho a la salud; x) el derecho a que las

---

13 Cfr. ROBERT ALEXI. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002; ÍD. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; RODOLFO ARANGO. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005

14 Cfr. EVERALDO LAMPREA MONTEALEGRE. *Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991-2014)*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2015.

EPS garanticen el acceso a los servicios, libre de procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios; o xi) el derecho a acceder a las prestaciones de conformidad con el principio de integralidad, entendido éste como el no fraccionamiento de los servicios que la persona requiera para recuperar su salud.

Poco o nada impactaron las reformas legislativas a la Ley 100 de 1993, de cara al derecho fundamental a la salud, pues las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 se focalizaron en el sistema de seguridad social en salud, evidenciándose entonces un sistema jurídico bifurcado y aparentemente irreconciliable en materia de salud.

Posteriormente entró en vigencia la Ley estatutaria 1751 de 2015, por la cual se confirmó la naturaleza fundamental del derecho a la salud y se recogieron varios derechos de pacientes y usuarios del sistema de salud, principalmente en su artículo 10.º. Con base en esos nuevos enunciados normativos, la Corte Constitucional ha clasificado más recientemente los derechos derivados del derecho fundamental a la salud en los siguientes cinco grupos:

- (i) El primero compuesto por aquellos derechos relacionados con el acceso al derecho;
- (ii) El segundo relativo al acceso a la información;
- (iii) El tercero asociado a la calidad del servicio;
- (iv) El cuarto relativo a la aceptabilidad del servicio, y
- (v) El quinto relacionado con otros derechos como la intimidad, la prohibición de sometimiento a tratos crueles e inhumanos y el derecho a no soportar las cargas administrativas del sistema imputables a las entidades que lo conforman<sup>15</sup>.

Es entonces en medio de esta gran dicotomía que debe preguntarse cuál es el aporte a la protección y garantía de la salud que puede esperarse del derecho administrativo. En efecto, salvo los casos de responsabilidad imputable al Estado como garante último del derecho y del servicio de salud, observables en la jurisprudencia contencioso-administrativa en sede de nulidad y restablecimiento del derecho o de reparación directa<sup>16</sup>, el derecho administrativo de la salud no ha tenido mayor desarrollo doctrinal o académico en otras áreas.

---

15 Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 2014. Cfr. igualmente la Sentencia T-121 de 2015

16 Cfr. ENRIQUE GIL BOTERO. *La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012. Cfr. igualmente, OLGA LORENA

Mas ello no significa de ninguna manera que el papel de esta disciplina se circunscriba a la responsabilidad del Estado. En realidad, es posible y a la vez deseable sostener que existen varias funciones administrativas que se constituyen en verdaderas garantías institucionales para asegurar una mejor articulación del derecho fundamental a la salud con el sistema de seguridad social en salud.

#### B. LA NECESIDAD DE ABORDAR LA SALUD A PARTIR DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS LIGADAS A SU GARANTÍA INSTITUCIONAL

El derecho administrativo es sobre todo un derecho instrumental dirigido a la materialización de los objetivos del Estado Social de Derecho. De ahí que, más que como derecho de la administración pública, se prefiera definirlo en la actualidad como el derecho de la función administrativa, o mejor, de las diversas funciones administrativas<sup>17</sup>. Entonces, dado que la maximización del acceso a la salud es un objetivo del Estado colombiano, resulta indispensable identificar las funciones administrativas que deben ponerse al servicio de ese cometido superior.

Cuando en un ambiente de crisis del sistema de salud y de insuficiencia de la tutela en salud como mecanismo eficaz de protección<sup>18</sup> se habla de barreras administrativas de acceso, negación injustificada de servicios, mala calidad de la atención, falta de continuidad en los servicios, entre otros problemas, es claro que no basta con la magia jurisprudencial de los derechos fundamentales, ni con los mecanismos de aseguramiento y financiamiento propios del modelo de seguridad social en salud. En esos casos se pone en evidencia la necesidad de una aproximación desde el derecho administrativo, principalmente a partir de las funciones administrativas de garantía de un servicio público, regulación económica sectorial, policía administrativa y potestad sancionatoria.

---

PINEDA OLIVEROS. *La salud pública como función estatal. Responsabilidad del Estado por omisión de políticas públicas de sanidad mental*, Bogotá, Leyer, 2015

17 Cfr. ALBERTO MONTAÑA PLATA. *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

18 Cfr. DIANA PATRICIA QUINTERO MOSQUERA. *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2011, pp. 291 y ss. Cfr. igualmente, MARCELA VÉLEZ. *La salud en Colombia. Pasado, presente y futuro de un sistema en crisis*, Bogotá, Debate, 2016, pp. 49-54.

En primer lugar, la aplicabilidad del enfoque del servicio público salta a la vista pues, por un lado la Ley 100 de 1993 estableció expresamente que la salud es un servicio público esencial (arts. 4.º y 152, inc. 2.º). Así, en tanto que servicio público esencial se pone de presente un mayor grado de intervención estatal y la imposibilidad jurídica de la suspensión total del servicio; todo ello como manifestación de la protección de los derechos fundamentales en juego con la prestación del servicio de salud<sup>19</sup>. Con todo, el legislador no ha definido con claridad en qué consiste, dónde empieza y hasta dónde llega el servicio público de salud. De modo que esa delimitación conceptual, funcional y orgánica queda para algunos subsumida en el sistema de seguridad social en salud; sin perjuicio de que en ocasiones la misma regulación acuda a una noción más amplia, donde quepan por ejemplo todas las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios –EAPB–, así el objeto del plan de beneficios sea distinto al POS y tenga fuente puramente contractual (es el caso, p. ej., de las pólizas de salud).

Por otro lado, puesto que la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos supone problemas ante derechos constitucionalmente garantizados (fundamentales o colectivos) como el derecho a la salud, la noción tradicional de servicio público proveniente de la teoría general del derecho administrativo<sup>20</sup> se ve aquí renovada en su misión de materialización del interés general. En efecto, debe reconocerse que los problemas de carácter transversal que se presentan para el Estado y para el mercado en la adjudicación de derechos, en un contexto de escasez, “representan la materialización sectorial de exigencias constitucionales comunes que, precisamente por ello, deben ser identificadas y elaboradas dogmáticamente desde el Derecho administrativo general”<sup>21</sup>.

Asimismo, debe admitirse que a pesar de favorecer el interés general en el marco de un servicio público esencial como es la salud, no siempre resulta popular, sobre todo bajo el paradigma del “derecho adversarial” en el cual los

19 La jurisprudencia constitucional colombiana señala que “el carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”: Sentencias C-122 de 2012 y C-450 de 1995.

20 Se entenderá por noción tradicional del servicio público, aquella de tipo objetivo que se refiere a cualquier actividad de interés general que esté así calificada por el derecho positivo: cfr. ALBERTO MONTAÑA PLATA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 170.

21 LUIS ARROYO y DOLORES UTRILLA (dirs.). *La administración de la escasez...*, cit., p. 27.

derechos fundamentales ya no son el desarrollo jurídico-normativo de principios objetivos de índole político-moral, pues simplemente son resultado de una estrategia litigiosa exitosa, donde lo menos importante es el contenido del derecho reivindicado, o su adscripción lógica al sistema de fuentes, sino la persuasión y expansión del reino de las emociones y sentimientos<sup>22</sup>.

Puntualmente nos referimos a la necesidad de asumir que el derecho administrativo de la salud, mediante las distintas actividades y funciones administrativas de ese sector, no puede “realizarse con la única finalidad de tutelar los derechos e intereses legítimos de los sujetos privados que en ellos participan”.

En efecto, como lo explica la más reciente doctrina,

[...] por más relevante que deba seguir siendo esta perspectiva de protección individual, especialmente en el marco constitucional en el que los derechos fundamentales y las libertades de circulación ocupan una posición de centralidad, ha de hacerse compatible con la necesidad de procurar la satisfacción de los objetivos perseguidos por la regulación a la hora, por ejemplo, de incrementar las garantías de transparencia ex ante, de promover la satisfacción de intereses públicos vinculados a criterios de adjudicación de carácter sustantivo o, en fin, de aumentar la eficiencia en el uso de los recursos allí donde se haya abierto la puerta a un mercado secundario de derechos públicos subjetivos<sup>23</sup>.

En segundo lugar, los fines y objetivos del servicio público esencial de salud requieren una regulación económica sectorial enfocada en la satisfacción de lo que podríamos denominar el “núcleo esencial” del derecho a la salud, representado por el Plan Obligatorio de Salud o el plan de beneficios que haga sus veces, en el cual se incluyan todas las prestaciones que no encuadren dentro de los supuestos de exclusión del sistema de salud taxativamente fijados por el artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015.

---

22 De hecho, podría considerarse que la antítesis o, cuando menos, un corto-circuito, al servicio público de salud es la relativización absoluta del alcance del derecho a la salud en función del grado de persuasión sobre el juez constitucional, o del grado de activismo judicial de este último. Pasaríamos, siguiendo a CHEVALLIER, del servicio público como institución capital para la relación sociedad-Estado, dentro del modelo de Estado social de derecho, a la gestión judicial de intereses adversariales, al interior de un modelo distinto para relacionar individuos o grupos de individuos con el Estado, que corresponde más a una “Sociedad de Derecho”: cfr. JACQUES CHEVALLIER. *El Estado posmoderno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 187-205; ÍD. *Le service public*, 8.ª ed., Paris, PUF, 2010, pp. 53 y s.

23 LUIS ARROYO y DOLORES UTRILLA (dirs.). *La administración de la escasez...*, cit., pp. 43-44.

En efecto, debe recordarse que según dicha disposición, “el Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”, y que

... los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

No obstante que la jurisprudencia constitucional haya reconocido extraordinariamente que el derecho fundamental a la salud puede abarcar criterios contrarios a los anteriormente señalados (*v.gr.*, prestaciones experimentales o en el exterior), la regulación sectorial del servicio público esencial de salud debe focalizarse sobre ese núcleo esencial, pues esa es la única forma de garantizar que opere en función del interés general. Como lo sostienen algunos autores, esta manifestación del Estado regulador en el campo de la salud facilita, además, en un servicio público sin monopolio estatal, que los prestadores y aseguradores privados se arraiguen institucionalmente, lo que al mismo tiempo supone que una inadecuada regulación no reduciría el riesgo de desarraigo institucional<sup>24</sup>.

En tercer lugar, las funciones administrativas de policía administrativa y de ejercicio de la potestad sancionatoria son igualmente pertinentes para garantizar un correcto y adecuado servicio público de salud, independientemente de que los prestadores y aseguradores sean públicos o privados. En efecto, la habilitación, inspección, vigilancia y control de actores como las IPS y las EPS representan el complemento necesario de la regulación sectorial del servicio

---

24 Cfr. EVERALDO LAMPREA MONTEALEGRE. *La Constitución de 1991 y la crisis de la salud. Encrucijadas y salidas*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, p. 25.

público esencial de salud. Del mismo modo, una oportuna y proporcionada aplicación del *ius puniendi* administrativo al interior del sector administrativo de la salud parece inevitable en el contexto colombiano.

Ninguna de esas funciones puede llevarse a cabo sin conocer ni respetar sus bases administrativas, por lo que, se reitera, el derecho administrativo debe terciar en esa dicotomía entre constitucionalistas expertos en derechos fundamentales y laboralistas expertos en seguridad social en salud. Y con la puesta en marcha de las anteriores categorías conceptuales, sin mencionar otras como por ejemplo el derecho de la contratación estatal en materia de salud, se compensa definitivamente el déficit de derecho administrativo dentro del tratamiento jurídico dado a la salud en Colombia.

## II. LOS RETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA SALUD PARA CONSTRUIR LA PAZ

Sin duda, la aprehensión –teórica y práctica– de la salud por el derecho administrativo debe apuntar hacia la idea de construcción de una paz sostenible y duradera de conformidad con la noción de *peacebuilding* evocada en nuestra introducción. De ahí, por ejemplo, que la doctrina extranjera reconozca que “se entiende que la salud implica también la existencia de unas condiciones para el desarrollo de las personas y que resulta inseparable de la paz, la eliminación de la pobreza, la reducción del desempleo, la conservación del medio ambiente, etc.”<sup>25</sup>.

Ahora bien, para abordar los retos del derecho administrativo de la salud se procederá en un primer momento a identificar cuáles son los problemas generales a superar (A), para luego pasar a la identificación de los problemas específicos ligados al pos-conflicto en materia de salud (B).

### A. SUPERAR LOS PROBLEMAS GENERALES DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE PROMOCIÓN, PROTECCIÓN Y RECUPERACIÓN DE LA SALUD

Si se trata de priorizar la asunción de retos en materia de salud, el derecho administrativo colombiano debe focalizarse primero en la convergencia del

---

25 CARLOS LEMA ANÓN. *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 50.

servicio público de salud hacia la satisfacción igualitaria y de calidad del núcleo esencial del derecho a la salud<sup>26</sup> en los términos expuestos.

Para ello se debe delimitar el campo de acción de la atención prioritaria en salud, estimular las actividades de salud pública, racionalizar la distribución de competencias y responsabilidades entre las diferentes autoridades a nivel nacional y territorial, y fortalecer la labor de promoción y prevención de la salud, de la mano de una política intersectorial sobre los determinantes sociales de la salud.

Cada una de esas misiones administrativas urgentes refuerzan el carácter de servicio público, no como monopolio estatal sino, como bien lo recuerda un sector de la doctrina, en tanto que “identificación en las sociedades de una necesidad pública y la decisión de las diferentes instancias del poder de encontrar una respuesta indicada para su satisfacción”<sup>27</sup>.

En relación con los retos identificados la estrategia actual del Gobierno Nacional no consiste en hacer una reforma estructural a las leyes ordinarias sobre seguridad social en salud (leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011), sino en habilitar al Ministerio de Salud para reorganizar el sistema de seguridad social alrededor de una política ligada a la noción de servicio público esencial y a los mandatos de la Ley estatutaria 1751 de 2015. Para ello se procedió a incluir un artículo dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (art. 65 Ley 1753 de 2015), en el cual se acudió al instrumento *sui generis* de la política pública de obligatorio cumplimiento.

Puntualmente la precitada disposición establece que

[...] para la definición de la política integral en salud se integrarán los siguientes enfoques: i) atención primaria en salud (APS); ii) salud familiar y comunitaria, iii) articulación de las actividades individuales y colectivas, y iv) enfoque poblacional y diferencial.

---

26 Cfr. SIMON RUSHTON. “The Politics of Researching Global Health Politics. Comment on ‘Knowledge, Moral Claims and the Exercise of Power in Global Health’”, en *International Journal of Health Policy and Management*, 4, 2015, pp. 311-314. Cfr. igualmente, AUDREY R. CHAPMAN, LISA FORMAN y EVERALDO LAMPREA. “Evaluating Essential Health Packages from a Human Rights Perspective”, en *Journal of Human Rights*, diciembre de 2015; LISA FORMAN, LULJETA CARAOSHI, AUDREY R. CHAPMAN y EVERALDO LAMPREA. “Conceptualising minimum core obligations under the right to health: How should we define and implement the morality of the depths”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 20, 4, 2016.

27 ENRIQUE GIL BOTERO. *La responsabilidad médica derivados de los actos administrativos en el sector salud*, cit., p. 28.

E igualmente dispone que

[...] dicha atención tendrá en cuenta los componentes relativos a las rutas de atención para la promoción y mantenimiento de la salud por curso de vida, las rutas de atención específicas por grupos de riesgos, el fortalecimiento del prestador primario, la operación en redes integrales de servicios, el desarrollo del talento humano, en el marco de la Ley 1164 de 2007, articulación de las intervenciones individuales y colectivas, el desarrollo de incentivos en salud y la definición de requerimientos de información para su seguimiento y evaluación.

Entonces, con base en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 el Ministerio de Salud expidió la Resolución 429 de 2016, por la cual se adopta la Política de Atención Integral en Salud –PAIS– que, según su artículo 4.º, debe ser implementada por las entidades territoriales (direcciones departamentales, distritales y municipales de salud), las entidades administradoras de planes de beneficios (EPS, compañías de medicina prepagada, aseguradoras, etc.), y las IPS, en cuanto entidades responsables de intervenciones relacionadas con la promoción y mantenimiento de la salud, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la misma, y, finalmente, la muerte digna.

El inciso segundo del artículo 1.º de dicha resolución apunta a

... la generación de las mejores condiciones de la salud de la población, mediante la regulación de la intervención de los integrantes sectoriales e intersectoriales responsables de garantizar la atención de la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación, en condiciones de accesibilidad, aceptabilidad, oportunidad, continuidad, integralidad y capacidad de resolución.

Por su parte, en el tercer inciso se hace énfasis en un servicio público donde exista “interacción coordinada de las entidades territoriales, a cargo de la gestión de la salud pública, de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios –EAPB– y de los prestadores de servicios de salud”, lo cual se debe ver reflejado en “la implementación y seguimiento de los Planes Territoriales de Salud, en concordancia con los Planes de Desarrollo Territoriales, el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021<sup>[28]</sup> y el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”.

---

28 Cfr. Resolución 1841 de 2013 del Ministerio de Salud.

A través de la PAIS se fijan dos marcos de intervención en el servicio público de salud: de un lado, un marco estratégico que, según el artículo 2.º de la mencionada resolución ministerial, se centra en la Atención Primaria en Salud –APS–, con enfoque en la salud familiar y comunitaria, el cuidado, la gestión integral del riesgo y el enfoque diferencial para los distintos territorios y poblaciones; de otro se establece un marco operacional que corresponde, según el artículo 3.º de la misma resolución, al Modelo Integral de Atención en Salud –MIAS–, el cual “comprende el conjunto de procesos de priorización, intervención y arreglos institucionales que direccionan de manera coordinada las acciones de cada uno de los integrantes del sistema, en una visión centrada en las personas”. La puesta en marcha efectiva de este modelo de atención implica en todo caso “poner a disposición de los integrantes un conjunto de herramientas (políticas, planes, proyectos, normas, guías, lineamientos, protocolos, instrumentos, metodologías, documentos técnicos)”, que son objeto de desarrollo en la PAIS.

Se observa, entonces, un nuevo enfoque u orientación en la regulación del servicio público de salud. Sin embargo, no estaría de más recordar que esa optimización loable de la función de regulación económica sectorial debería igualmente implicar el debate sobre la independencia<sup>29</sup> del órgano regulador actual (Ministerio de Salud que concentra dicha potestad luego del fallido intento por contar con un regulador técnico desligado del poder político y del poder del mercado, en los tiempos de la Comisión de Regulación en Salud –CRES–).

Esa misma advertencia se eleva desde el derecho administrativo de la regulación en relación con la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, la cual, desde la Ley 100 de 1993 (art. 245) sigue estando conformada por actores políticos por definición, como los ministros de Salud y Comercio, Industria y Turismo, así como por un delegado directo del Presidente de la República. Dicho en otros términos, mientras esa configuración orgánica de las principales autoridades de regulación del sector salud no migre hacia una mayor independencia respecto del poder político, el riesgo de captación de la regulación en salud por intereses distintos al de la maximización misma del servicio público de salud será alto, y la superación de sus fallas estructurales o coyunturales queda condicionada, en el mejor de los casos, a la buena voluntad o a la ideología de las cabezas reguladoras.

---

29 Sobre la necesidad, justificación y modalidades de la independencia de las autoridades administrativas de regulación, cfr. MARIE-ANNE FRISON-ROCHE. *Droit et économie de la régulation*, 1, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 57-84.

Igualmente, en el ejercicio de la función administrativa de regulación no debería dejarse de lado la implementación de parámetros de calidad regulatoria<sup>30</sup>, de modo que el énfasis en la regulación estatal en salud se haga sobre la eficiencia económica y la eficacia normativa en la práctica cotidiana; objetivo del cual no podría tampoco excluirse una eventual reducción y simplificación de la inflación, dispersión y confusión normativa que lastimosamente caracteriza al sector salud en Colombia<sup>31</sup>. En ese contexto, la asimetría de la información, la inseguridad jurídica y la generación de costos de transacción innecesarios o ineficientes tienden a surgir y a proliferar, en desmedro del sistema de salud y sobre todo del usuario, a quien siempre tiende a trasladarse o transferirse esos costos.

Finalmente, cabe también señalar que luego de la reforma contenida en los artículos 35 a 37 de la Ley 1122 de 2007, las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control dentro del sistema de salud quedaron en cabeza de un solo órgano del nivel nacional descentralizado por servicios, la Superintendencia Nacional de Salud –SNS–, entidad que igualmente ejerce la potestad sancionatoria administrativa en todo el país respecto de cualquiera de los actores del sector salud.

Aun cuando ese problema de concentración de la función sancionatoria y de IVC en la SNS, se intenta solucionar con las figuras de la desconcentración y la delegación administrativas en los términos del artículo 118 de la Ley 1438 de 2011, el déficit en la capacidad de acción y de respuesta del Estado persiste<sup>32</sup>, por lo que este modo de actuación de la administración no ha sido capaz de desincentivar la comisión de infracciones en el sistema de seguridad social en salud, ni de generar confianza en el servicio público de salud, independientemente de que este sea asegurado o prestado por EPS o IPS privadas, mixtas u oficiales; pues los derechos de los pacientes y usuarios son siempre los mismos, provenga de donde provenga la infracción administrativa en materia de salud.

---

30 Cfr. BERNARDO CARVAJAL. “¿Cómo asegurar calidad regulatoria?”, *Revista digital de derecho administrativo*, n.º 9, 2013, pp. 41-62.

31 Sobre las ventajas para la administración pública de la simplificación, cfr. CASS SUNSTEIN. (*más Simple. El futuro del Gobierno*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

32 Cfr. LUZ KARIME FERNÁNDEZ CASTILLO. *El modelo de la función de inspección vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud como ente rector del Sistema Nacional de Salud Colombiano, y la eficacia de sus reformas*, tesis de maestría, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

## B. ANTICIPAR LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS RELATIVOS A LA SALUD EN EL POSCONFLICTO

En la mayoría de procesos de paz realizados hasta ahora en el mundo, la salud no ha sido un tema que con frecuencia se ponga directamente sobre la mesa de negociaciones. Ello se entiende porque no necesariamente forma parte del proceso de *peacemaking*. Sin embargo, bajo la concepción más amplia de *peacebuilding* algunos países lo han incluido en sus acuerdos de paz, o en la implementación jurídico-administrativa de los mismos, con el propósito de materializar una paz duradera.

Basados en la experiencia, algunos autores justifican la necesidad de incluir en la agenda del pos-conflicto una atención y protección de la salud que cuente con mecanismos de garantía especial y reforzada en razón del contexto mismo. En efecto, un conflicto armado ocasiona usualmente la destrucción de la infraestructura de servicios de salud o, cuando menos, impide que en las zonas afectadas se desarrolle una mejor infraestructura para los servicios sociales del Estado<sup>33</sup>. Asimismo, un conflicto armado suele dejar un número muy alto de personas (combatientes y población civil) con serias afectaciones a la salud, tanto en el plano físico como psíquico<sup>34</sup>.

De acuerdo con uno de los raros estudios sobre el tema promovido por la CEPAL<sup>35</sup>, entre los países que han implementado la salud como ítem del pos-conflicto están El Salvador, Bosnia-Herzegovina y Sierra Leona. Los dos primeros se reconocen como experiencias positivas en la implementación de un sistema de salud garante de una paz duradera. En esos países se realizó una intervención estructural a través del aumento de hospitales, la concentración de recursos para grupos desfavorecidos, el mejoramiento de las condiciones de salubridad para los trabajadores de las zonas afectadas, junto con la formulación de incentivos para capacitar y desplazar al personal requerido para la prestación del servicio público de salud. El resultado se midió en función de la disminución de mortalidad,

---

33 SYLVIA SERVAES y NATASCHA ZUPAN. "In Larger Justice: Linking Health Care, Transitional Justice and Peacebuilding", *Journal of Peacebuilding and Development*, vol. 8, n.º 3, 2013, p. 64.

34 Ídem.

35 FILIP FILIPOV. "Post-conflict Peacebuilding: Strategies and Lessons from Bosnia and Herzegovina, El Salvador and Sierra Leone. Some thoughts from the rights to education and health", *Serie Políticas Sociales*, n.º 123, Santiago de Chile, CEPAL, Naciones Unidas, 2006. Disponible en [<http://archivo.cepal.org/pdfs/2006/S0600690.pdf>].

el aumento de la esperanza de vida, y la generación de confianza en el Estado; criterios que por cierto se emplean para evaluar el desarrollo social de un país.

En sentido contrario, la experiencia en Sierra Leona consistió más en una inserción formal de la salud pública dentro de las actuaciones administrativas ligadas al pos-conflicto, mas no fue tenido en cuenta de forma minuciosa, toda vez que no se evidenciaron cambios en la prestación misma del servicio, ni tampoco hubo aumento de la inversión en salud, ni capacitación de los agentes involucrados en el sistema de salud para focalizar una atención especial.

En el caso colombiano se observa que dentro de los acuerdos de paz objeto de debate en la mesa de conversaciones de La Habana, el tema de la salud aparece tangencialmente en el borrador de “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto”<sup>36</sup>. En particular allí se menciona que entre las sanciones que puede imponer el Tribunal de Paz a los combatientes está la realización de trabajo social, en el cual se incluye la construcción o reconstrucción de infraestructura en servicios de salud, tales como centros de salud en zona rural y urbana, sin perjuicio de la ejecución de las políticas públicas del Estado en salud para las mismas zonas (p. 47).

Asimismo, en el punto 5.1.3.4. sobre “Rehabilitación psico-social” se habla de “Medidas de recuperación emocional a nivel individual”, en el cual las FARC y el Gobierno nacional se comprometen a:

[...] ampliar la cobertura pública y despliegue territorial, y mejorar la calidad de la atención psico-social para la recuperación emocional de las víctimas de acuerdo al daño específico que hayan padecido, entre ellas las afectaciones particulares de las víctimas de violencia sexual. Para ello se multiplicarán los centros locales de atención a las víctimas y se impulsarán estrategias móviles para llegar a los lugares más apartados.

Así mismo, en cumplimiento de los acuerdos alcanzados el Gobierno Nacional fortalecerá el acceso y los servicios de salud mental para las víctimas que así lo requieran (p. 53)<sup>37</sup>.

En ese contexto, pendiente aún, como es lógico, de mayor desarrollo normativo, programático y presupuestal, la implementación de la administración

---

36 Disponible en [<https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/borrador-conjunto-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto-1450190262.pdf>].

37 Ídem.

pública para el pos-conflicto debe seguir sin lugar a dudas el llamado “enfoque diferencial” en salud, el cual se desprende del artículo 11 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, concordante con la Ley de víctimas (Ley 1448 de 2011). Dicha disposición señala lo siguiente:

Artículo 11. Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.

[...]

Parágrafo 1°. Las víctimas de cualquier tipo de violencia sexual tienen derecho a acceder de manera prioritaria a los tratamientos psicológicos y psiquiátricos que requieran.

Parágrafo 2°. En el caso de las personas víctimas de la violencia y del conflicto armado, el Estado desarrollará el programa de atención psicosocial y salud integral a las víctimas de que trata el artículo 137 de la Ley 1448 de 2011.

Con base en ese marco legal y dado que el objetivo del pos-conflicto es la reconciliación, la reparación, la superación de las causas de la violencia armada y la reintegración de combatientes a la vida civil, no es necesario crear un régimen especial de seguridad social en salud para la atención de víctimas y victimarios, sino programas y políticas especialmente concebidas para dicha población en tanto que sujetos de especial protección constitucional.

De ahí que en la ley de víctimas se hayan establecido las características de esos programas, tales como la atención individual, familiar y comunitaria, la gratuidad, la atención preferencial, la temporalidad, la verificación del ingreso y la interdisciplinariedad. Asimismo, en dicho estatuto se fijaron responsabilidades en cabeza de algunas autoridades, puesto que

... los gastos derivados de la atención brindada por el Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas serán reconocidos y pagados por conducto del Ministerio de la Protección Social con cargo a los recursos del Fondo de So-

lidad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fosyga), Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, salvo que estén cubiertos por otro ente asegurador en salud (parág. 1, art. 137).

Igualmente, la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1753 de 2015, art. 120) incluyó un segundo párrafo al mismo artículo de la ley de víctimas, en virtud del cual quedan en cabeza del Gobierno Nacional, a través del Departamento para la Prosperidad Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación a Víctimas, y el Ministerio de Salud y Protección Social, y todas las acciones complementarias del Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas.

Como siempre, lo difícil aquí, además de la debida coordinación interinstitucional, es la delimitación misma de las prestaciones que se consideran propias del sector salud y las demás a cargo probablemente del nuevo sector administrativo del pos-conflicto: la prosperidad, la reconciliación y la integración social, de la cual se espera una adecuada organización y un correcto funcionamiento.

#### CONCLUSIÓN GENERAL

La garantía del derecho fundamental a la salud, dentro y fuera del sistema general de seguridad social en salud, y al margen del modelo de salud imperante, depende necesariamente de la puesta en marcha de una visión renovada del derecho administrativo de la salud.

Bajo esa nueva óptica, donde el escenario del posconflicto parece brindar una ocasión propicia para refundar el pacto social, se hace necesario reforzar, como mínimo, la estructura y la actuación del Estado en lo concerniente al alcance e implicaciones de la salud como servicio público esencial, con sus garantías institucionales mínimas a cargo de entes públicos o privados, así como en lo relativo a las funciones administrativas de regulación económica sectorial, policía administrativa y potestad sancionatoria. A ello se debe sumar un enfoque diferencial en políticas, planes y programas encaminados a reforzar la garantía del servicio público de salud para actores y víctimas del conflicto armado luego de la terminación definitiva del mismo.

Todos estos retos, tanto generales como específicos, debe asumirlos a cabalidad el derecho administrativo colombiano como parte de las soluciones de paz. Sin duda, más allá de lo hasta ahora diagnosticado, hay una parte de voluntad sin la cual no puede el derecho transformar la realidad social. Por ello,

a modo de cierre de este documento necesariamente inacabado (como la paz y el derecho), resulta pertinente recordar las palabras de Hans Kelsen:

Es una treta característica de un método discutible pero que goza de favor entre los juristas presentar lógicamente imposible aquello que, en realidad sólo es políticamente indeseado porque se opone a ciertos intereses<sup>38</sup>.

ANEXO. PROPUESTAS ELEMENTALES PARA UN NUEVO  
DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA SALUD EN EL MARCO  
DE LA CONSTRUCCIÓN DE PAZ

1. Definir a nivel legislativo cuál es el servicio público de salud, diferenciarlo de la definición legal de sistema de seguridad social en salud y acercarlo a la satisfacción de un núcleo esencial del derecho a la salud, acorde con la Ley estatutaria 1751 de 2015.

2. Poner en marcha sistemas administrativos inter-sectoriales para la coordinación y división de responsabilidades de cara al mejoramiento de los determinantes sociales de la salud.

3. Ajustar el derecho regulatorio de la salud (regulación económica sectorial y regulación específica de precios) a los estándares de independencia de la autoridad reguladora y de calidad regulatoria.

4. Reforzar la protección administrativa de los derechos de los usuarios y pacientes del servicio público de salud, en el marco de una ética del servicio público y de unos incentivos para maximizar el respeto por la dignidad humana y minimizar el traslado de costos de transacción a la parte más débil de la cadena del servicio.

5. Simplificar y racionalizar la tipificación de infracciones administrativas en el sector salud, fortalecer las capacidades institucionales de inspección, vigilancia y control, así como la aplicación del derecho administrativo sancionador en salud, profundizando probablemente la desconcentración y la delegación de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud.

6. Vincular el derecho administrativo de la salud, es decir, las funciones administrativas ligadas a la garantía institucional del servicio público de sa-

---

38 HANS KELSEN. *La paz por medio del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003, p. 69, citado en CARLOS LEMA AÑÓN. *Salud, justicia, derechos*, cit., p. 10.

lud, al concepto orientador de *peacebuilding*, con el objetivo de lograr una paz duradera, sostenible y estable.

7. Poner en marcha incentivos para la contratación estatal y las asociaciones público-privadas dirigidas a la construcción y gestión de la infraestructura en salud, con mayor énfasis en las zonas con más déficit de atención y presencia de víctimas o antiguos actores del conflicto armado.

8. Tomar en serio, muy en serio, una política de salud con énfasis en salud pública, promoción de la salud y prevención de enfermedades.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002.

ALEXY, ROBERT. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

ARANGO, RODOLFO. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.

ARROYO, LUIS y DOLORES UTRILLA (dirs.). *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

CARVAJAL, BERNARDO. “La Corte y el Sistema”, *Revista Semana*, Separata especial Sector Salud, abril de 2015.

CARVAJAL, BERNARDO. “¿Cómo asegurar calidad regulatoria?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 9, 2013.

CHAPMAN, AUDREY R.; LISA FORMAN y EVERALDO LAMPREA. “Evaluating Essential Health Packages from a Human Rights Perspective”, *Journal of Human Rights*, diciembre de 2015.

CHEVALLIER, JACQUES. *El Estado posmoderno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

CHEVALLIER, JACQUES. *Le service public*, 8.ª ed., Paris, PUF, 2010.

FILIPOV, FILIP. “Post-conflict Peacebuilding: Strategies and Lessons from Bosnia and Herzegovina, El Salvador and Sierra Leone. Some thoughts from the rights to education and health”, *Serie Políticas Sociales*, n.º 123, Santiago de Chile, CEPAL, Naciones Unidas, 2006.

- FORMAN, LISA; LULJETA CARAOSHI, AUDREY R. CHAPMAN y EVERALDO LAMPREA. “Conceptualising minimum core obligations under the right to health: How should we define and implement the morality of the depths”, en *The International Journal of Human Rights*, vol. 20, 4, 2016.
- FRISON-ROCHE, MARIE-ANNE. *Droit et économie de la régulation*, 1, Paris, Presses de Sciences Po, 2004.
- GALTUNG, JOHAN. “Three Approaches to Peace: Peacekeeping, Peacemaking, and Peacebuilding”, en *Peace, War and Defense: Essays in Peace Research*, vol. II, Copenhagen, Christian Ejlertsen, 1976.
- GIL BOTERO, ENRIQUE. *La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- GIROUX, ÉLODIE. *Después de Canguilhem: definir la salud y la enfermedad*, Bogotá, Universidad El Bosque, 2011.
- LAMPREA MONTEALEGRE, EVERALDO. *Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991-2014)*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2015.
- LAMPREA MONTEALEGRE, EVERALDO. *La Constitución de 1991 y la crisis de la salud. Encrucijadas y salidas*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.
- LAUDE, ANNE; BERTRAND MATHIEU y DIDIER TABUTEAU, *Droit de la santé*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, PUF, 2009.
- LEMA AÑÓN, CARLOS. *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson, 2009.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PINEDA OLIVEROS, OLGA LORENA. *La salud pública como función estatal. Responsabilidad del Estado por omisión de políticas públicas de sanidad mental*, Bogotá, Leyer, 2015.
- QUINTERO MOSQUERA, DIANA PATRICIA. *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2011.

REYCHLER L. y T. PAFFENHOLZ. *Peace-building. A field guide*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2001.

RUSHTON, SIMON. “The Politics of Researching Global Health Politics. Comment on ‘Knowledge, Moral Claims and the Exercise of Power in Global Health’”, *International Journal of Health Policy and Management*, 4, 2015.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

SERVAES, SYLVIA y NATASCHA ZUPAN. “In Larger Justice: Linking Health Care, Transitional Justice and Peacebuilding”, *Journal of Peacebuilding and Development*, vol. 8, n.º 3, 2013.

SUNSTEIN, CASS. (más) *Simple. El futuro del Gobierno*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

VÉLEZ, MARCELA. *La salud en Colombia. Pasado, presente y futuro de un sistema en crisis*, Bogotá, Debate, 2016.