

22
años

JORNADAS INTERNACIONALES
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

DERECHO ADMINISTRATIVO SANITARIO

Derecho a la salud, salubridad pública y
condiciones sanitarias de las ciudades



EDITORES

- Jorge Iván Rincón Córdoba
- Nicolás Cabezas Manosalva

AUTORES

- | | | | |
|---------------------------------|-------------------------------------|-----------------------------------|--------------------------------|
| · Samuel Baena Carrillo | · César Cierco Seira | · Roberto Carlos Insignares Gómez | · Juan Carlos Peláez Gutiérrez |
| · José Luis Benavides | · Diego Felipe Contreras Pantoja | · Germán Lozano Villegas | · Camilo Perdomo Villamil |
| · Bernardo Carvajal Sánchez | · Juan Carlos Covilla Martínez | · Nuria Magaldi | · Julián A. Pimiento Echeverri |
| · Guillermo Andrés Chang Chuyes | · Sergio González Rey | · Hugo Alberto Marín Hernández | · Paula Robledo Silva |
| · Sergio Alejandro Chemás Vélez | · Andrés Mauricio Gutiérrez Beltrán | · María Raquel Molina Otero | · Mónica Sofía Safar Díaz |
| | · Pedro Alfonso Hernández | · Susana Mosquera | · Alexander Sánchez Pérez |
| | · Mónica Liliana Ibagón Ibagón | · Andrés Fernando Ospina Garzón | · Orlando Vignolo Cueva |

JORGE IVÁN

RINCÓN CÓRDOBA

NICOLÁS

CABEZAS MANOSALVA

(EDITORES)

DERECHO ADMINISTRATIVO SANITARIO

TOMO I

DERECHO A LA SALUD, SALUBRIDAD
PÚBLICA Y CONDICIONES SANITARIAS
DE LAS CIUDADES

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Derecho administrativo sanitario. Tomo I, Derecho a la salud, salubridad pública y condiciones sanitarias de las ciudades / Cesar Cierco Seira [y otros] ; Jorge Iván Rincón Córdoba, Nicolás Cabezas Manosalva (editores). — Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.
1082 páginas : ilustraciones, gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9789587906479

1. Salud pública — Colombia 2. Salud pública — Aspectos jurídicos — Colombia 3. Derecho a la salud — Aspectos constitucionales — Colombia 4. Salud pública — Aspectos jurídicos — Perú 5. Derecho administrativo — Colombia 6. Derecho sanitario — Colombia 7. Protección de los derechos fundamentales — Colombia I. Rincón Córdoba, Jorge Iván, editor II. Cabezas Manosalva, Nicolás, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

344 SCDD 15

Catalogación en la fuente — Universidad Externado de Colombia. Biblioteca EAP.

agosto de 2021

ISBN 978-958-790-647-9

e-ISBN 978-958-790-648-6

© 2021, JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA Y NICOLÁS CABEZAS MANOSALVA (EDITORES)

© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

*Regulación jurídica del servicio público de salud:
la eficacia práctica como talón de Aquiles
en la materialización de las condiciones jurídicas
de prestación del servicio y de garantía del derecho*

CAMILO PERDOMO VILLAMIL

SUMARIO

Introducción. I. Naturaleza jurídica de la salud: incidencia en las condiciones de garantía del derecho y de prestación del servicio público. A. La salud como derecho fundamental: estructura normativa de principio. B. La salud como servicio público: dimensiones social y económica. II. Diagnóstico de satisfacción de la lógica sistemática en la regulación normativa del servicio público de salud. A. Condiciones normativas de prestación del servicio de salud desde la perspectiva orgánica y sustancial. B. La eficacia práctica como talón de Aquiles en la materialización de las condiciones de prestación del servicio público de salud. Consideraciones conclusivas. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico la salud tiene una naturaleza compleja, multifacética y variopinta, la cual condiciona el régimen de prestación. El reto está, precisamente, en determinar el contenido de esos condicionamientos, los cuales deberían estar comprendidos en la normativa específica.

Al respecto, sobre la base de la naturaleza jurídica dual de la salud (como derecho y como servicio público) y con ocasión de la pandemia covid-19 que sufre el mundo entero desde hace algo más de un año, resulta de gran importancia adelantar un análisis del régimen jurídico del servicio público de salud, con miras a verificar, por ejemplo, si la normativa introducida ha logrado satisfacer las finalidades teóricas previstas. Además, es desde la perspectiva jurídica que se pueden viabilizar los ajustes (presupuestales, formales, sustanciales, competenciales, entre otros) necesarios para atender de la mejor manera tanto la pandemia como la prestación del servicio en condiciones de “normalidad”. Por ello, el proyecto emprendido para esta edición de las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo es más que pertinente.

En este contexto, las condiciones jurídicas de prestación del servicio público de salud constituyen una de las temáticas cardinales en el análisis de la regulación vigente, pues de ellas depende la eficacia^I en la protección

I La eficacia constituye una de las instituciones más importantes en la teoría jurídica. Recientemente, en el derecho administrativo, su relevancia se ha reivindicado, con el fin de subrayar una diferencia sutil, pero profunda, que muchas veces se olvida: eficacia jurídica y eficacia práctica.

de las dimensiones que se derivan de la naturaleza jurídica de la salud (las cuales serán tratadas adelante). Es decir, las condiciones de prestación del servicio de salud, indudablemente, dependen o están determinadas por la interacción de esas dos facetas (derecho y servicio), la cual ha sido históricamente muy tensa². De este modo, si se toma como base metodológica la teoría sistemática del derecho administrativo, resultaría imperioso y necesario acometer un análisis específico de este “ámbito de referencia”³ para evaluar

Lo anterior ha permitido recordar que la eficacia práctica no se deriva automáticamente la validez (legalidad), y que con esta última solo se configuran los elementos de eficacia jurídica. En efecto, “el término ‘eficacia’ se usa al menos con dos significados en el ámbito del Derecho. Por una parte, hace referencia a ciertas condiciones de la aplicación de las normas, o a su alcance, y corresponde a lo que en ocasiones se denomina ‘vigencia’ [...] En este primer sentido, no parece que la eficacia designe nada distinto de otros elementos que constituyen el supuesto de hecho de las normas, esto es, no parece que la eficacia posea singularidad conceptual. Por otra parte, el término se emplea para identificar una familia de significados, todos ellos relacionados con lo que cabe llamar la ‘realización’ o ‘puesta en práctica’ de la norma. Así, cabe hablar de la eficacia como cumplimiento, como aplicación, como éxito o como eficiencia [...] La eficacia como predicado posible de cualquier norma jurídica deriva de su doble carácter prescriptivo e instrumental. Porque las normas prescriben conductas, podemos examinar la correspondencia entre lo que prescriben y lo que sucede en la realidad. Porque las normas son instrumentos que pretenden la consecución de fines, podemos examinar su capacidad para alcanzar tales fines y para hacerlo de mejor o peor manera. [...]”: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI*, 2020, p. 759. https://www.racmyp.es/imagenes/publicaciones/2020-0592_enciclopedia_ciencias_morales_acc_ee_final.pdf

- 2 “En Colombia, para la prestación de los servicios de salud se adoptó como modelo el pluralismo estructurado, entregándose la operación del aseguramiento al sector privado, a un reducido sector mixto y a un pequeño grupo de entidades públicas. Es decir, el Estado confió este pilar del sistema, en su mayor parte, a instituciones privadas regidas por la racionalidad económica del mercado y por las influencias políticas, pero falló en su responsabilidad regulatoria, de vigilancia y control. Esto condujo a que la salud fuera percibida como un negocio en el que priman los resultados financieros sobre el derecho a la salud. Así, el Estado colombiano no ha sido capaz de cumplir su obligación de garantizar el derecho fundamental a la salud”. ELSY LUZ BARRERA, *La salud en Colombia. Entre el derecho a la salud y la racionalidad económica del mercado, 1993-2015*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 66.
- 3 Previo al inicio de la pandemia, era posible afirmar que el sector salud del derecho administrativo no constituía un ámbito de referencia, toda vez que su parte general (conceptual) y especial (normativa) estaban, en mayor grado, consolidadas. Es decir, los avances en estos aspectos no podían considerarse de una envergadura tal que exigieran su estudio particularizado para analizar la necesidad de introducir modificaciones en una u otra parte. Sin embargo, con ocasión de la pandemia, el régimen jurídico entero (conceptual y normativo) ha sido puesto en revisión. Así, el derecho sanitario, en sentido amplio, y el régimen jurídico del servicio de salud, en sentido estricto, constituyen hoy un “ámbito de referencia” en todo el sentido de la acepción. En relación con los ámbitos de referencia, el profesor Schmidt Assmann indica que existe una “necesidad de centrar el análisis en la Parte Especial del Derecho Administrativo. La Parte General se caracteriza por un alto grado de abstracción, lo que permite que, habitualmente, sea contemplada

la conexión existente entre las partes general y especial en relación con las condiciones jurídicas de prestación de los servicios de salud.

En este punto, es necesario recordar, someramente, el objetivo del pensamiento sistemático en el derecho administrativo, a fin de mostrar su utilidad para el análisis de la regulación jurídica de las condiciones de prestación del servicio público de salud. En efecto, el profesor Eberhard Schmidt-Assmann considera que:

sólo si se construye sistemáticamente el Derecho administrativo se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del Derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento. De este modo, la ciencia del Derecho administrativo podrá aportar una mayor transparencia en beneficio de la acción administrativa y suscitar entre los ciudadanos una más honda confianza, credibilidad y aceptación de la Administración pública y de su quehacer⁴.

El presente estudio, como otros que lo anteceden, adhiere a esta postura teórica⁵ por considerarla, primero, plenamente vigente para el estudio del derecho administrativo y, segundo, útil por los resultados prácticos que promete, derivados del análisis permanente de las instituciones jurídicas vigentes, para este caso, aquellas del servicio público de salud, con el fin de verificar, por un lado, si los conceptos e instituciones jurídicas de la parte

como un sistema, como una *construcción*. Ello obliga a poner la atención constantemente en la Parte Especial. Sin un conocimiento preciso del urbanismo, del régimen local, de la seguridad ciudadana y el orden público, o del Derecho Administrativo económico, es imposible construir un sistema de Derecho Administrativo". EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo", en Javier Barnes (editor), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla: Global Law Press - INAP, 2012, p. 80.

4 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*, traductores varios, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2003, p. 2.

5 Son varias las muestras doctrinarias, nacionales e internacionales, que adhieren y tributan a la lógica sistemática de construcción del derecho administrativo. En Colombia: AA. VV., *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt Assmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016; AA. VV., *El derecho administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018. En Italia: DARIA DE PRETIS, "Una dogmatica 'riformata' del diritto amministrativo. A proposito di 'Verwaltungsrechtliche Dogmatik' di Eberhard Schmidt-Assmann", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fascículo 1, 2015; MARGHERITA RAMAJOLI, "L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fascículo 2, 2010.

general han sido recibidos en la normativa sectorial y, por el otro, si en virtud de esta última los primeros han sido objeto de revisión, ajuste y actualización.

Precisamente en esa lógica es posible enmarcar el objetivo de este artículo. Si el pensamiento y el análisis sistemático en el derecho buscan generar un mínimo de orden y certeza jurídicas, en el caso del servicio público de salud el análisis propuesto de la interacción entre las partes general y especial está dirigido a verificar si existe una adecuada interacción e interrelación entre ambas esferas, las cuales emanarían de la satisfacción de cuatro funciones del pensamiento sistemático: función de auxilio para la práctica judicial y administrativa, función dogmática, función política y función receptora⁶. De este modo, si bien el estudio partirá del estado del arte teórico y de la regulación normativa vigente, se considera que sus planteamientos serán útiles para ulteriores análisis en la materia, pues no se hará una mera descripción.

Así las cosas, se pretende analizar el ámbito de referencia compuesto por el régimen jurídico de las condiciones de prestación del servicio público de salud, desde las perspectivas organizacional y sustancial⁷, con el fin de

6 “A la perspectiva sistemática le cumple satisfacer en el Derecho administrativo tres funciones jurídicas fundamentales: práctica, dogmática y política, a la que cabe añadir [...] una función que podríamos calificar de ‘receptora’. [...] La teoría general del Derecho administrativo constituye una valiosa ayuda para la práctica cotidiana de la Administración y de los tribunales contencioso-administrativos, puesto que les descarta de trabajo, en la medida en que actúa como *almacén* o *depósito*, o, si se prefiere, como una suerte de *memoria*. [...] La función dogmática consiste en resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente, por referencia o relación a un sistema, las concretas y singulares cuestiones jurídicas que se suscitan. [...] El Derecho administrativo general constituye, en tercer lugar, un instrumento al servicio de la política legislativa. El contraste o comparación de normas e instituciones jurídicas entre sí, de un alado, y el análisis de las soluciones existentes en sectores próximos o análogos, de otro, pondrán de manifiesto las contradicciones en que puedan incurrir los valores que subyacen a cada una de las, así como los puntos que están necesitados de un mejor tratamiento, en el seno de cada uno de los sectores del ordenamiento o en el plano de las relaciones que estos guardan entre sí [...] una función que podríamos calificar de ‘receptora’ en cuanto que vertebrada y articula la necesidad de recepción del derecho europeo”. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general...*, cit., pp. 5 a 10.

7 Vale la pena aclarar que las perspectivas de análisis pueden ser, también, muy variadas. El presente trabajo se decanta por la organizacional y la sustancial toda vez que en ellas puede estar condensado, en términos generales, el quehacer administrativo: existe una relación indisoluble entre organización y actividad administrativas. En efecto, se afirma que “la doctrina ha dedicado el mayor esfuerzo al análisis de la actividad (servicio público, policía administrativa e intervención económica) y de los instrumentos utilizados (acto administrativo y contrato), olvidando lo evidente: solo a través de la organización es posible que el Estado entre en contacto con los ciudadanos, facilite instrumentos de participación democrática, posibilite la erogación de prestaciones, ejerza las funciones de inspección, control o vigilancia y genere bienes en una lógica de mercado. [...] podemos afirmar que se trata de una verdadera dialéctica en la que se presenta una relación de

traducir y comprender la realidad de la acción administrativa actual en el sector y, de este modo, analizar la correspondencia que existe entre el “ser” (parte especial – derecho positivo) y el “deber ser” (parte general – teoría general). Para el efecto, será necesario:

analizar sus fundamentos, las categorías e institutos jurídicos y los procedimientos que lo integran. En tal sentido, el estudio no puede detenerse en las concretas leyes que disciplinen el sector, sino que conviene indagar su historia, conocer las distintas fases en las que se periodifica su evolución, hasta desembocar en el presente. [...] De lo que se trata, por tanto, es de descifrar los rasgos y claves del sector en cuestión, de identificar tendencias, e indagar si las piezas que lo integran son susceptibles de generalización⁸.

Como se observa, el análisis juicioso de los ámbitos de referencia exige una tarea de gran envergadura, que seguramente será satisfecha de manera integral mediante los distintos trabajos desarrollados por mis colegas. Por tanto, para evitar falsas expectativas, es necesario aclarar que el presente estudio no pretende, ni podría hacerlo, satisfacer de manera completa el análisis del ámbito de referencia: se es enfático, el análisis se concentra en las condiciones jurídicas, organizacionales y sustanciales, de prestación del servicio de salud. De este modo, para desarrollar el análisis propuesto, el artículo se estructura así: en primer lugar, se analizará la naturaleza jurídica dual de la salud en nuestro ordenamiento, como derecho fundamental y como servicio público, en virtud de la cual podrían extraerse las condiciones teóricas (parte general) de prestación del servicio público de salud, las cuales, en teoría, deberían proporcionar y garantizar una comprensión uniforme y unitaria de dichas condiciones en el derecho positivo (I). Con base en ello, se pasará a analizar si la normativa sectorial relativa a las condiciones organizacionales y sustanciales de prestación del servicio público de salud se reconducen de manera efectiva a los parámetros generales expuestos y, con base en ello, intentar exponer las razones por las que, desde la perspectiva sistemática del derecho administrativo, no ha sido posible consolidar en la práctica las condiciones de prestación del servicio de salud (II).

medio a fin [...]”. JORGE IVÁN RINCÓN, *La teoría de la organización administrativa en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 31 y 32.

8 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales...”, cit., p. 82.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SALUD: INCIDENCIA EN LAS CONDICIONES DE GARANTÍA DEL DERECHO Y DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Si bien no cabe duda de que la salud es un derecho fundamental (avalado por una sólida línea jurisprudencial de la Corte Constitucional), lo cierto es que no podría obviarse que, al mismo tiempo, constituye un servicio público. Solo así es posible que el derecho, como garantía general y abstracta, se materialice, en la práctica, a través de la actividad prestacional que garantice su protección efectiva. Por tanto, no es posible compartir algunas consideraciones doctrinarias según las cuales, en virtud de la naturaleza jurídica de la salud, “el derecho a la salud, tal como se ha venido afirmando, es un derecho, lo cual excluye, de entrada, la discusión de si es un derecho o si es un servicio público”⁹.

La anterior precisión, si bien parece formal, tiene hondas incidencias en relación con el tema que nos ocupa, pues las condiciones de prestación del servicio de salud son determinadas, como se ha referido, por la conjunción de ambas aristas: la de servicio público y la de derecho fundamental. Desconocer u obviar deliberadamente esta realidad puede traer consecuencias negativas en la configuración normativa de dichas condiciones. En efecto, tal como se anotó atrás, la parte general del derecho administrativo, y de un determinado ámbito de referencia (como la salud), se encuentra constituida por las teorías y conceptos que tienen la vocación de irradiar la parte especial (normativa).

Así las cosas, según las funciones dogmática y de apoyo a la labor legislativa, en el ordenamiento jurídico colombiano, producto de la interacción entre la parte general y especial, se han generado dogmas¹⁰, que deben ser entendidos como “instituciones normativas y nexos lógicos, elaborados sobre

9 JAIME LEÓN GANÁN ECHAVARRÍA, “De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia”, *Monitor Estratégico*, n.º 3, 2013, p. 11.

10 Que no deben ser entendidos como los dogmas atemporales e inmutables concebidos por la escuela histórica alemana, según la cual “la dogmática jurídica –en su diseño originario conforme al método histórico– es incapaz de adaptarse a los cambios y la complejidad de la realidad [...] La formación de conceptos y el interés en la misma no puede verse inexorablemente como una resurrección de la jurisprudencia de conceptos; sino como una exigencia fundamental de la metodología jurídica que debe someterse a un proceso de adaptación a las exigencias de la comunidad científica contemporánea”. SILVIA DÍEZ SASTRE, “La formación de conceptos dogmáticos en el derecho público”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 31, 2015, pp. 116 y 117.

la base del derecho positivo, pero independientes de las normas singulares”¹¹, los cuales, en teoría, deberían servir para configurar, interpretar y aplicar las normas de derecho positivo en materia de prestación del servicio de salud y garantía del derecho fundamental a la salud. Por tanto, se pasa a analizar el contenido dogmático de las dos aristas de la naturaleza jurídica de la salud que se han referenciado.

A. LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL: ESTRUCTURA NORMATIVA DE PRINCIPIO

Desde una perspectiva teórica y conceptual (parte general del derecho administrativo) es uniforme entender la salud, en virtud de la normativa constitucional, como un derecho fundamental. Es decir, a la pregunta sobre la naturaleza jurídica de la salud, una respuesta válida sería aquella que la afirma como un derecho fundamental. Lo anterior se deriva, de forma unívoca, del contenido de los artículos 44 y 49; el primero reconoce a la salud como *derecho fundamental* de los niños, mientras que el segundo, que reconoce expresamente su naturaleza de servicio público, ha sido interpretado (abstraído) en el sentido de derivar de él, también, un *derecho fundamental* para la población en general. Como se observa, en el caso de los niños la normativa constitucional es expresa y clara en atribuirle la naturaleza de derecho fundamental; sin embargo, en los demás casos dicho reconocimiento no es expreso. Por tanto, es necesario reconstruir el proceso que llevó al establecimiento de conceptos y teorías –por vía de interpretación– que le atribuyen a la salud esa naturaleza jurídica, para luego exponer las consecuencias que se derivan de ello, en relación con las condiciones de prestación del servicio.

En primer lugar, tomando como base la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la doctrina ha identificado, al menos, cinco etapas¹² del proceso

11 Citando a Möllers, EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma (‘la nuova scienza del diritto amministrativo’)”, *Diritto Amministrativo: Rivista Trimestrale*, fascículo 2-3, 2015, p. 255. (Traducción libre).

12 “Según un primigenio criterio formalista de interpretación, el derecho a la salud fue considerado como un derecho meramente prestacional debido a su ubicación topográfica en dicha Constitución. De allí, y por influjo directo de las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, fue considerado como un derecho de doble connotación –fundamental y asistencial–, luego como un derecho fundamental por conexidad, posteriormente como un derecho fundamental con relaciones a determinadas poblaciones –adulto mayor, personas en estado de discapacidad, población en estado de desplazamiento–, seguidamente como fundamental con relación a los contenidos del

de teorización de la salud como derecho y, por tanto, de su configuración dogmática (idea derivada de las normas, pero independiente de estas).

Así, en un primer momento se le reconoció una naturaleza de derecho asistencial y fundamental por conexidad con la vida, al afirmarse que:

el derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas¹³.

Esta postura ha sido reiterada de manera sistemática en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (entre los años 1992 y 2015^[14]), lo cual demuestra que, si bien la última connotación teórica reconoce la naturaleza jurídica autónoma de derecho fundamental, la concepción dogmática primigenia ha sido útil, también, para soportar la conceptualización más reciente.

Con la verificación hecha se logra demostrar de inmediato, en la lógica sistemática que se acoge en este artículo, la aplicación y satisfacción de la referida función dogmática del derecho administrativo como sistema, pues la teoría original sobre el derecho a la salud ha sido sometida a procesos de revisión, no con el fin de abandonar por completo la postura sometida a análisis, sino en una lógica de *conservación e innovación*¹⁵. Es decir, con la finalidad de

Plan Obligatorio de Salud y, finalmente, parece haberse reconocido como un derecho fundamental *per se*". JAIME LEÓN GANÁN ECHAVARRÍA, "De la naturaleza jurídica...", cit., p. 7.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-484 de 1992.

¹⁴ Para verificar la reiteración de esta postura teórica que sostiene la doble naturaleza del derecho a la salud como derecho asistencial y fundamental por conexidad, a título meramente enunciativo, pueden consultarse las siguientes sentencias: Corte Constitucional, T-366 de 1993, T-471 de 1993, T-409 de 1995, T-281 de 1996, T-258 de 1997, T-304 de 1998, T-1255 de 2000, T-494 de 2001, T-449 de 2002, T-718 de 2004, T-632 de 2005, T-557 de 2006, T-905 de 2007, T-933 de 2008, T-463 de 2009, T-864 de 2010, T-676 de 2011, T-1085 de 2012, T-481 de 2013, T-677 de 2014, T-754 de 2015, T-020 de 2016.

¹⁵ "La dogmática es siempre, al mismo tiempo, conservación e innovación: conservación, en cuanto el derecho debe estabilizar las expectativas de los comportamientos y, a tal fin, es necesaria la seguridad jurídica, pero al mismo tiempo, esta representa innovación, en cuanto debe elaborar los nuevos desarrollos del derecho y mostrar las posibles opciones para las fases sucesivas". EBERHARD SCHMIDT ASSMANN, "La dogmatica del diritto...", cit., p. 255. (Traducción libre).

una mejor garantía del derecho a la salud, su contenido conceptual y teórico se fue ajustando de la mano de actualizaciones y ajustes normativos. En esta lógica se surte el proceso escalonado de avance e introducción de las etapas sucesivas de conceptualización teórica del derecho a la salud.

La anterior lógica se materializa en cada una de las restantes cuatro etapas de evolución conceptual del derecho a la salud, es decir, en la jurisprudencia constitucional se evidencian procesos de análisis que han generado modificaciones del contenido del derecho a la salud¹⁶, pero sin abandonar por completo la postura anterior: la lógica de conservación e innovación propia del pensamiento sistemático. Así ocurre con la concepción teórica de derecho fundamental por conexidad¹⁷; de derecho fundamental autónomo en relación con determinados grupos poblacionales (sujetos de especial protección constitucional)¹⁸; de derecho fundamental en relación con el contenido del Plan Obligatorio de Salud (actualmente Plan de Beneficios en Salud)¹⁹; de derecho fundamental autónomo *per se*²⁰.

De este modo, en la conceptualización que ha venido construyendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es posible afirmar que el derecho a la salud, en su versión más innovadora (más reciente), originada con

16 Para un estudio sobre dicha evolución, v. ÓSCAR JOSÉ DUEÑAS, *Constitucionalización e internacionalización de los derechos a la salud y a la pensión*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.

17 Esta postura conceptual puede verificarse, a título enunciativo, en las siguientes sentencias: T-560 de 1998, T-535 de 1999, T-119 de 2000, T-1737 de 2000, T-389 de 2001, C-615 de 2002, T-794 de 2003, T-1033 de 2004, T-1066 de 2004, T-078 de 2005, T-084 de 2005, T-430 de 2005, T-651 de 2005, T-654 de 2005, T-062 de 2006, T-135 de 2006, T-914 de 2006, T-963 de 2006, T-058 de 2007, T-933 de 2008, T-880 de 2009.

18 Esta postura conceptual puede verificarse, a título enunciativo, en las siguientes sentencias: T-836 de 2005, T-419 de 2007, T-365 de 2009, T-495 de 2010, T-795 de 2010, T-739 de 2011, T-202 de 2012, T-036 de 2013, T-554 de 2013, T-799 de 2013, T-920 de 2014, T-126 de 2014, T-160 de 2014, T-612 de 2014, T-791 de 2014, T-056 de 2015, T-481 de 2015, T-544 de 2017, T-673 de 2017, T-381 de 2018, T-402 de 2018.

19 Esta postura conceptual puede verificarse, a título enunciativo, en las siguientes sentencias: T-097 de 2008, T-107 de 2008, T-655 de 2008, T-049 de 2009, T-740A de 2009, T-793 de 2010, T-728 de 2011, T-644 de 2010, T-648 de 2011, T-468 de 2013, T-313 de 2015, T-314 de 2015, T-124 de 2016.

20 Esta postura conceptual puede verificarse, a título enunciativo, en las siguientes sentencias: T-760 de 2008, T-607 de 2009, C-615 de 2002, C-463 de 2008, T-858 de 2008, T-870 de 2008, T-956 de 2008, T-975 de 2008, T-997 de 2008, T-105 de 2009, T-277 de 2009, T-392 de 2009, T-674 de 2009, T-019 de 2010, T-094 de 2010, T-170 de 2010, T-695 de 2010, T-048 de 2011, T-184 de 2011, T-683 de 2011, T-028 de 2012, T-150 de 2012, T-931 de 2012, T-161 de 2013, T-323 de 2013, T-028 de 2014, T-154 de 2014, T-423 de 2014, C-313 de 2014, T-128 de 2015, T-719 de 2015, T-142 de 2016.

la Sentencia T-760 de 2008 y, posiblemente, consolidada con la Sentencia C-313 de 2014, se erige unívocamente como un derecho fundamental autónomo. Este proceso de revisión y actualización teórica, suscrito desde los primeros momentos por la naturaleza fundamental del derecho a la salud, es reconocido por la misma Corte Constitucional, la cual considera que:

se puede afirmar que desde sus inicios el Tribunal Constitucional, ha propugnado por la caracterización del derecho a la salud, como un derecho fundamental. Para ello, ha superado una interpretación literal del Texto Superior que hubiese permitido estimar como fundamental, al derecho a la salud, solo en el caso de los niños. También, ha desestimado en esa tarea interpretativa, el criterio sede a rubrica, con el cual, el derecho a la salud no hubiese tenido ocasión de entenderse como fundamental, pues, no hace parte del listado de derechos incluidos en el capítulo 1º, del título II de la Constitución Política, el cual tiene por título “De los derechos fundamentales”²¹.

En definitiva, derivada de la naturaleza fundamental, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el derecho a la salud se caracteriza por cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad, y calidad e idoneidad profesional. Y, además, su garantía se rige por los siguientes principios: universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad, protección a pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Tanto los elementos esenciales como los principios, para efectos de este artículo, pueden considerarse condiciones de prestación del servicio y, desde ya, es necesario poner de presente que estos elementos y principios se encuentran expresamente reconocidos en la Ley estatutaria 1751 de 2015 y su contenido conceptual es avalados por la Corte Constitucional.

Por su parte, la jurisprudencia contencioso-administrativa (no aquella derivada de acciones constitucionales) y los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, ambos nutridos de la jurisprudencia constitucional, también son coincidentes en reconocer la naturaleza fundamental del derecho a la salud. Con ello, se dota de mayor fuerza a la premisa que se defiende en este artículo, pues otra de las jurisdicciones, en cumplimiento de la función de

21 Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014.

auxilio a la práctica judicial, ha contribuido a la configuración del almacén o memoria conceptual (conceptos dogmáticos) en la materia, con lo cual contribuye a la consolidación de una lógica sistemática en el estudio del derecho a la salud. Ello, porque la solución de los casos concretos se efectúa mediante la reconducción a los conceptos clave que se han elaborado y que forman parte del sistema.

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en reciente concepto, ha retomado la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional (atrás referenciada) y resaltó que:

con la Sentencia T-859 de 2003, la Corte comenzó un proceso de reconocimiento de la salud como derecho fundamental autónomo, siempre que este se pudiera concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud en la Constitución, en el bloque de constitucionalidad o en la ley [...] el hito jurisprudencial a partir del cual se afirma y estructura en Colombia el derecho a la salud como derecho fundamental autónomo es la Sentencia T-760 de 2008, la cual no solo reitera la protección de este derecho a través de la acción de tutela, sino que además realiza toda una sistemática jurídica sobre el contenido y alcance de este derecho fundamental²².

Por su parte, la Sala Contencioso Administrativa, también retomando la jurisprudencia constitucional y reconociendo la dimensión de derecho fundamental y de servicio público, ha considerado que es más relevante aquella de derecho fundamental, por su estrecha conexión con la posibilidad de satisfacer otros derechos fundamentales. En concreto, ha indicado que:

la salud no sólo puede considerarse desde la perspectiva de un servicio público sino también, y esta es su mayor caracterización, como un derecho fundamental de los asociados, máxime si se tiene en cuenta que está en íntima conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, derechos todos estos que a su vez permiten el ejercicio de otros derechos de la misma stirpe²³.

22 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de septiembre de 2020, radicado 11001-03-06-000-2020-00195-00(2453).

23 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de julio de 2018, radicado 25000-23-26-000-2004-02367-02 (41681),

Lo anterior, que muestra la versión conceptual más reciente de la jurisprudencia del Consejo de Estado, no desconoce que también en esta Alta Corte se presentaron momentos históricos en que la salud no tenía connotación fundamental o la tenía solo para ciertos sujetos dotados de especial protección constitucional²⁴ o mediante la figura de la conexidad con otros derechos, como la vida²⁵.

Por último, es importante reseñar el rol de la doctrina en el proceso de configuración conceptual del derecho fundamental a la salud. De este modo, la investigación independiente²⁶ emprendida por la doctrina nacional ha supuesto un gran aporte a la sistematización teórica del derecho a la salud. En efecto, es posible verificar que los aportes doctrinarios no se han detenido en la mera descripción y análisis de la dogmática o de la normativa y, más bien, se ha encargado de comprobar su articulación, identificar falencias y proponer cambios y ajustes.

La doctrina ha concluido que, desde una perspectiva conceptual (positiva), en nuestro ordenamiento no hay dudas en relación con la naturaleza fundamental del derecho a la salud, reconociendo el importante rol de la jurisprudencia constitucional en ese cometido²⁷. En igual sentido, pero agregando un análisis conceptual (negativo), se ha afirmado que:

24 “La protección reforzada de la mujer en estado de embarazo salvaguarda por lo menos cuatro principios constitucionales de interés superior, los cuales deben ser garantizados por el ordenamiento jurídico, es decir, deben estar presentes en el momento de adoptar cualquier medida legislativa o administrativa por parte del Estado, así como también deben ser plenamente observados por la sociedad. Tales principios son: (i) la dignidad, el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la mujer; (ii) la protección al *nasciturus*; (iii) la prevalencia de los derechos de los niños y (iv) la centralidad de la familia como núcleo fundamental de la sociedad [...]”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 24 de agosto de 2018, radicado 11001-03-24-000-2010-00281-00

25 “El derecho a la salud adquiere la categoría de derecho fundamental cuando su vulneración pone en riesgo bienes jurídicamente protegidos como la vida”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de julio de 2016, radicado 19001-23-31-000-2006-00960-01 (36933).

26 “[...] la aportación más genuina y relevante de la doctrina científica: la investigación independiente. La investigación jurídica significa y supone observar analíticamente el presente y reflexionar sobre los necesarios avances del Derecho, incorporando también otros conocimientos provenientes de ciencias auxiliares, con la ayuda de un método apropiado a tal efecto”. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales...”, cit., p. 31.

27 JAIME LEÓN GANÁN ECHAVARRÍA, “De la naturaleza jurídica...”, cit., p. 19.

en Colombia, tanto el derecho a la educación como el derecho a la salud han alcanzado el carácter de derechos fundamentales, constituyéndose en un avance muy significativo para una sociedad tan inequitativa como la nuestra. Este reconocimiento resulta esencial si se considera que la exclusión social es uno de los rasgos distintivos del país, no solo en aspectos económicos (ingresos y riqueza) sino también en cuanto a oportunidades. (...) El hecho es que el Sistema de Salud vigente hasta ahora en Colombia se basa esencialmente en un modelo de aseguramiento implementado con la poca fundada confianza en poder garantizar, mediante él, el acceso efectivo a los servicios correspondientes²⁸.

En el mismo sentido reflexivo y crítico, desde una perspectiva integral del derecho a la seguridad social, se ha afirmado que las pretensiones de los constituyentes siguen vigentes y, por tanto, se requiere la introducción de ajustes normativos, no solo institucionales, sino de tipo político para lograr un acuerdo que materialice la responsabilidad nacional y compartida en la consolidación del modelo²⁹.

Con base en lo anterior, y al verificar que las concepciones dogmáticas tanto en la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa como en la doctrina son coincidentes y sistemáticas en reconocer la naturaleza del derecho fundamental a la salud, es necesario exponer las consecuencias que, a efectos de este artículo, se derivan de ello en relación con las condiciones de prestación del servicio público de salud. Por un lado, la estructura normativa de principio y, por el otro, la necesidad de materializar el derecho en una garantía subjetiva.

El primero de ellos tiene importantes consecuencias en relación con las condiciones de prestación, toda vez que si el derecho a la salud tiene una estructura normativa de principio, ello implica que sea un mandato de optimización³⁰, que debe ser satisfecho en la mayor y mejor medida de lo posible

28 ELSY LUZ BARRERA, *La salud en Colombia...*, cit., p. 117.

29 “Si bien es cierto que para algunos resulta utópica e ingenua a la hora de solucionar los problemas del país, hay que destacar el valor del reconocimiento del derecho, y la decisión de incluirlo dentro de las discusiones constitucionales como presupuesto de la democracia social. [...] Hoy no han perdido vigencia las consideraciones de los constituyentes de hace veinte años, es necesario un compromiso nacional, un pacto político que nos permita determinar qué queremos hacer en términos de seguridad social y de protección social, pues éstas no pueden referirse exclusivamente a aspectos institucionales, sino que requieren un consenso, un acuerdo y sobre todo una responsabilidad nacional”. ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA, *La Constitución de 1991 y la seguridad social. El derecho laboral generalizado*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2012, pp. 89 y 90.

30 Son normas que no determinan mandatos categóricos, “... sino que ordenan, que algo debe ser

(según las capacidades técnicas, económicas y jurídicas) y, por tanto, según el subprincipio de progresividad, una vez alcanzado un escalón más en la protección y garantía de los mismos, posteriormente no se puede retroceder. Además, la solución a las colisiones interpretativas entre el derecho a la salud y otros derechos fundamentales se surte, no por subsunción, sino mediante la ponderación³¹, que en todo caso es una metodología hermenéutica no exenta de problemas³².

Finalmente, la efectividad del derecho fundamental a la salud depende de su traducción en garantías subjetivas específicas. Es decir, la materialización del derecho fundamental a la salud exige su transmutación en garantía subjetiva, pues, sin esa especificación por vía legislativa o administrativa, se imposibilita u obstruye la exigibilidad del derecho. Aquí se evidencia uno de los elementos de conexión entre la naturaleza de derecho y de servicio público, pues la efectividad de la primera depende o se deriva de la adecuada satisfacción de la segunda³³.

realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes...”. CARLOS BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 34.

31 “... a partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. De esta manera se ha impuesto la convicción de que junto a las reglas de estructura condicional hipotética existen los principios. Además, el reconocimiento de principios implica a su vez el reconocimiento de una nueva forma de aplicación del derecho: la ponderación...”. *Ibidem*, p. 96.

32 Al respecto, ver: YEZID CARRILLO DE LA ROSA, “Problemas ineludibles en la caracterización de los conflictos constitucionales y la ponderación de los principios (planteamiento de la cuestión)”, *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 8, n.º 1, 2013; MIGUEL FERNÁNDEZ NÚÑEZ, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 40, 2017; JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE, “¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales”, *Vox Juris*, 31, Universidad de San Martín de Porres, 2016.

33 Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado que “... en la medida en que a este derecho de naturaleza programática y progresiva se le va dotando de contenido, a través de los mecanismos confiados al legislador y a los órganos del Sistema General de Seguridad Social para definir las prestaciones debidas a los ciudadanos, se configura lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado la ‘transmutación’ del derecho a la salud en una garantía subjetiva como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de las cláusulas constitucionales. En este sentido, se crean las condiciones para que las personas exijan del Estado el cumplimiento de tales garantías...”: Corte Constitucional, Sentencia T-880 de 2009.

B. LA SALUD COMO SERVICIO PÚBLICO: DIMENSIONES SOCIAL Y ECONÓMICA

También desde una perspectiva teórica y conceptual (parte general del derecho administrativo) es uniforme entender la salud, en virtud de la normativa constitucional, como un servicio público. De hecho, si bien la dimensión predominante es aquella de derecho fundamental, lo cierto es que del texto constitucional se deriva, de forma expresa y unívoca, del contenido del artículo 49, que la salud es un servicio público a cargo del Estado y, luego, derivado de ello establece un régimen general de las condiciones de prestación: i) garantía de acceso a servicios, protección y recuperación de la salud; ii) al Estado le corresponde dirigir y reglamentar la prestación del servicio conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; iii) al Estado le corresponde establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo; iv) la ley señalará los términos en los que la atención básica será gratuita y obligatoria.

Como se observa, en relación con la dimensión de servicio público de la salud, la Constitución Política ofrece un marco dogmático bastante rico, que parte de la naturaleza misma del servicio público en nuestro ordenamiento jurídico, pues con base en ella el Estado o el legislador deben ejecutar las tareas constitucionalmente asignadas. De este modo, es pertinente reseñar el contenido del servicio público en nuestro ordenamiento jurídico, para exponer los elementos que se derivan de él para establecer las condiciones de prestación del servicio público de salud.

El modelo económico previsto en la Constitución Política de 1991 supuso la liberalización y privatización de actividades –catalogadas como servicio público– que antes eran prestadas a través de monopolios estatales. Lo anterior supuso, si se quiere, una suerte de materialización de la crisis del servicio público en nuestro país³⁴. Quizá por ello parte de la doctrina

34 En términos generales, el fenómeno de la crisis del servicio público implicó un quiebre del dogma planteado por la teoría clásica del servicio público, de la Escuela de Burdeos, según el cual la totalidad de la función administrativa se identificaba con la noción de servicio público. Con la crisis se eliminó dicha identidad teórica absoluta entre la actividad del Estado y el servicio público, entre el derecho administrativo y el servicio público. Las razones que motivaron la crisis son variadas; a título enunciativo se pueden relacionar: i) un concepto que se creía totalizador mostraba signos de no serlo, pues, por ejemplo, el Estado podía hacer cosas que no necesariamente encuadraban dentro de la definición del servicio público, y los particulares a su vez podían hacer cosas que

nacional ha afirmado que, producto de la crisis, la naturaleza jurídica de las tradicionales actividades catalogables como servicio público varió sustancialmente y, por tanto, en el nuevo contexto constitucional son entendidas como actividades meramente económicas³⁵. Sin embargo, decantarse por esta postura es abiertamente contrario al mismo texto constitucional, que en su artículo 365 afirma, expresamente, por un lado, que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado” y, por el otro, que “es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

De este modo, sostener que el servicio público es asimilable a cualquier otra actividad económica y, por tanto, propugnar una reducción o eliminación de la intervención estatal constituye una postura que adolece de serias inconsistencias derivadas de omitir que, si bien las actividades catalogables como servicio público ahora se deben prestar en mercados en competencia y adquieren una connotación económica, no por eso pierden su norte, no por eso dejan de ser función administrativa, no por eso dejan de estar constitucionalmente ligadas con la satisfacción de las finalidades sociales del Estado. En este sentido se pronuncia otro sector de la doctrina, el cual resalta que, actualmente, “... la actividad de servicios públicos sin lugar a dudas tiene un carácter económico y por ende debe analizarse este perfil a la luz de algunas disposiciones constitucionales”³⁶. Dichas normas son,

se asemejaban mucho a la actividad de servicio público; ii) la institución del servicio público, al entenderse como omnicompreensiva del actuar de la administración, implicaba en términos prácticos una carga muy amplia para las administraciones, es decir, la carga patrimonial para el Estado se incrementaba sin generar la posibilidad de compensar las inversiones y obras, generando la ausencia de incentivos económicos para continuar por ese camino; iii) la constatación de un modelo de servicio público ineficiente, con altos precios y baja cobertura que generó movimientos de privatizaciones y/o liberalizaciones, primero en Europa y luego en América Latina. Ver: ALBERTO MONTAÑA PLATA, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 144 y ss.

35 En relación con la supuesta extinción de la actividad de servicio público producto de su crisis, v. HUGO PALACIOS MEJÍA, “El inútil concepto de ‘servicio público’. Notas para una crítica desde la prospectiva de ‘Law and economics’”, en *Derecho Económico. Colección Enrique Low Murtra*, tomo III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 93-104. Este autor empieza por afirmar, acertadamente, que el concepto de servicio público no basta para construir sobre él todo el derecho administrativo; sin embargo, ante esa constatación recomienda desecharlo. Plantea que, a la luz de la nueva ideología económica que propugna un mercado abierto a la competencia, existe una clara ambigüedad e inconsistencia del concepto tradicional de servicio público.

36 ALBERTO MONTAÑA PLATA, *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 82.

en general, el artículo 333 sobre actividad económica e iniciativa privada, la libre competencia y la libertad de empresa; el artículo 334 sobre la dirección de la economía a cargo del Estado; el artículo 365 sobre la facultad de los particulares para prestar servicios públicos. Sin embargo, a pesar del reconocimiento de la naturaleza económica del servicio público se afirma, también, que la inherencia de este a la finalidad social del Estado es lo que permite cualificar como “público” a ese servicio.

En efecto, se considera que el artículo 365 de la Constitución es:

una de las disposiciones más trascendentales sobre la materia, pues señala expresamente el nexo indiscutible entre los fines sociales del Estado y una actividad de eminente esencia económica. A partir de esta disposición, por ende, puede establecerse un perfil conceptual bien claro de los servicios públicos en nuestro régimen constitucional: un perfil de naturaleza teleológica, donde uno de los elementos fundamentales que conforman su noción es el hecho de constituir un desarrollo concreto de las finalidades del Estado, y en particular de aquellas de carácter social³⁷.

Las anteriores precisiones son del todo pertinentes para efectos del análisis de la salud como servicio público porque una de las principales críticas que se han efectuado a la configuración teórica y normativa de su régimen jurídico —partiendo de su naturaleza como derecho— ha sido, precisamente, el énfasis desproporcional en su dimensión prestacional. En efecto, se afirma que “según un primigenio criterio formalista de interpretación, el derecho a la salud fue considerado como un derecho meramente prestacional debido a su ubicación topográfica en dicha Constitución”³⁸. Y, de manera más incisiva, se indica que, en relación con la faceta prestacional de la salud, “el Estado confió este pilar del sistema, en su mayor parte, a instituciones privadas regidas por la racionalidad económica del mercado y por las influencias políticas, pero falló en su responsabilidad regulatoria, de vigilancia y control”³⁹.

De este modo, habiendo puesto sobre la mesa las posturas que niegan la pervivencia del factor social y público en las actividades catalogables como servicios públicos, y expuestas las razones por las que, por el contrario, dichos factores siguen vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario

³⁷ *Ibidem*, p. 99.

³⁸ JAIME LEÓN GAÑÁN ECHAVARRÍA, “De la naturaleza jurídica...”, cit., p. 7. Al respecto, ver también: ELSY LUZ BARRERA, *La salud en Colombia...*, cit., pp. 122 a 125.

³⁹ ELSY LUZ BARRERA, *La salud en Colombia...*, cit., p. 66.

exponer las consecuencias que, a efectos del establecimiento de las condiciones de su prestación, se derivan de atribuir a una determinada actividad la naturaleza jurídica de servicio público.

En nuestro ordenamiento, entonces, los servicios públicos gozan de dos dimensiones, una social y otra económica⁴⁰, claramente diferenciadas, pero codependientes. Su conjunción determina y condiciona la totalidad de la intervención estatal y del régimen jurídico que establece el legislador; por lo tanto, en Colombia, prestar servicios públicos es una actividad económica; pero no es una actividad económica cualquiera.

Producto de la dimensión social es que se puede afirmar el carácter público, que determina la transformación de las finalidades estatales en deberes concretos. Por ejemplo, el “deber de asegurar”, consagrado en el mismo artículo 365, que difiere de un “deber de prestar” y, por tanto, permite afirmar que, incluso en la lógica de la dimensión social, la prestación de los servicios públicos no está a cargo del Estado. Esa competencia de “asegurar” dota al Estado de poderes importantes para, por ejemplo, en el caso de que la lógica de mercado abierto a la competencia, con participación de particulares en la prestación, no sea suficiente. Así las cosas, el carácter “público” del servicio no implica que la naturaleza del prestador deba ser pública y, por el contrario, dicho carácter se relaciona con los destinatarios, el régimen jurídico, la naturaleza de las finalidades que persiguen⁴¹. Igualmente, el régimen de protección de los usuarios constituye una clara manifestación de esta dimensión, pues en virtud de ella se atenúa o condiciona la lógica eminentemente negocial de toda actividad económica y, en concreto, privilegiar a la parte que se encuentra en una posición más vulnerable o desequilibrada.

Producto de la dimensión económica se puede explicar, por un lado, la liberalización de los mercados de servicios públicos, es decir, la posibilidad de que sean prestados por sujetos de diversa naturaleza y, por tanto, salvo excepciones fundadas en razones de soberanía o de interés social (artículo 365 de la Constitución), que se hayan suprimido los monopolios. En la

40 “Las finalidades públicas comprometidas con los servicios públicos no se desvanecen a partir de la dimensión económica que estos adquieren y por lo tanto continúa vigente la procedencia del derecho administrativo como garante de las finalidades públicas inherentes al desarrollo de esta actividad, siempre que el derecho común y las reglas de mercado no resulten suficientes para dar cabal desarrollo a la dimensión social de los servicios públicos”. ALBERO MONTAÑA PLATA, *El concepto de servicio público...*, cit., p. 184.

41 *Ibidem*, p. 101.

práctica, esta liberalización (libre entrada en el mercado) se traduce en la eliminación de los títulos habilitantes o, lo que es lo mismo, la suficiencia de la Constitución o la ley para constituir el título habilitante necesario para la prestación del servicio público. De este modo, es claro que se garantiza la iniciativa privada de los particulares en la prestación de los servicios públicos, dada su naturaleza de actividad económica liberalizada.

Como manifestación de ambas dimensiones, la intervención estatal es un medio para satisfacerlas, no un fin en sí misma. Es por ello que la regulación económica (artículo 365 de la Constitución) de los servicios públicos se debe materializar, en los casos concretos, a través de la armonización de los intereses económicos y no económicos (identificables con las dimensiones social y económica), las más de las veces contrapuestos⁴². Igual ocurre con la facultad presidencial de inspección, vigilancia y control (artículo 365 de la Constitución), en la medida que pretende que la intervención del Estado mantenga y preserve el orden público preestablecido en la materia (policía administrativa).

De este modo, si se acepta que la salud es un servicio público, debe también aceptarse la carga dogmática y conceptual que ello implica, esto es: se trata de una actividad que en términos constitucionales detenta una doble dimensión, por una parte, comporta deberes estatales concretos ligados con la satisfacción de finalidades de naturaleza social y, por el otro, es una actividad de naturaleza económica que, por tanto, demanda del Estado protección y garantía para todos aquellos interesados en su prestación.

La doctrina nacional ya ha efectuado estudios donde analiza la materialización de las dimensiones económica y social en el servicio público de salud, con ello, además de reforzarse la idea conceptual planteada en este estudio, se comprueba que, en nuestro ordenamiento jurídico, todos los servicios públicos obedecen a una misma lógica dogmática y conceptual (parte general del derecho administrativo). En concreto, se ha indicado que el fundamento conceptual del servicio público permite afirmar que, en

42 La regulación económica es una actividad en virtud de la cual el Estado interviene sobre la economía "... pero no con la finalidad de las tradicionales actividades de intervención, sino procurando, en un contexto de economía de mercado, la armonización de objetivos económicos con los no económicos, en últimas, persiguiendo la realización y concreción de las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos mediante actividades con connotación económica...": CAMILO PERDOMO VILLAMIL, *Regulación económica: caracterización y control*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 63.

materia de salud, “... organizar en un ‘mercado regulado’ unos servicios meritorios, de naturaleza económica y con un carácter fundamentalmente privado, no necesariamente significa la negación o violación a un derecho social tan fundamental como lo es la salud”⁴³.

Lo anterior, derivado de la doctrina, es plenamente coincidente con la formulación conceptual elaborada por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado. Por un lado, la Corte Constitucional ha considerado que la salud es un servicio público esencial y que, en virtud del rol constitucional del Estado, este:

tiene la obligación de crear las reglas necesarias para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas dentro del Sistema de Salud. El Estado desprotege el derecho a la salud cuando permite que existan vacíos o lagunas en la regulación, que se constituyan en barreras de acceso a los servicios de salud. Por ejemplo, la Corte consideró que se viola el derecho a la salud de una persona cuando existe una ‘laguna’ normativa en la regulación, por no definir los mecanismos de solución de controversias para los eventos en los que se presenten conflictos entre los actores que deciden autorizar la prestación del servicio⁴⁴.

En relación con la dimensión económica, la Corte Constitucional ha indicado que, a semejanza de los otros servicios públicos, en el caso de la salud el Estado puede limitar la libertad económica solo cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación y, además, cualquier restricción de las libertades económicas debe, por un lado, respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, y, por otro, responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁴⁵. Sin embargo, cuando se trate de limitación de la libertad económica en el caso de actividades de servicio público que, además, detenten la naturaleza de derecho fundamental, la intervención estatal puede ser más incisiva. En efecto, la libre competencia en el caso del servicio de salud “... sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y respetando los límites fijados por

43 BEATRIZ CAICEDO y JUAN DAVID GARCÍA, “La dimensión económica y política de los servicios de atención en salud: un aporte general para el derecho a la salud y la justicia sanitaria en Colombia”, *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, n.º 20 (1), Universidad de Antioquia, 2017, p. 16.

44 Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008.

45 Corte Constitucional, sentencias C-620 de 2016 y C-197 de 2012.

las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social”⁴⁶. En suma, como en todas las actividades económicas, pero con mayor razón en actividades que constituyen derecho fundamental y servicio público, resulta claro que la libertad económica no es absoluta⁴⁷.

Por su parte, el Consejo de Estado ha reconocido que las dos dimensiones –la de derecho fundamental y la de servicio público– están estrechamente ligadas. En efecto, el alto tribunal de lo Contencioso Administrativo ha considerado que:

el derecho fundamental a la salud comprende el acceso al servicio médico de manera oportuna, eficaz y con calidad. El servicio es oportuno cuando el usuario lo recibe en el momento adecuado para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Se considera eficiente cuando los trámites administrativos que se imponen al paciente son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal que los usuarios del servicio no resulten víctimas de circunstancias imprevisibles o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada⁴⁸.

Igualmente, en relación con la posibilidad de limitar la libre concurrencia, y con ello intervenir en la dimensión económica del servicio público de salud, el Consejo de Estado ha considerado que “... los derechos a la libertad de empresa y a la libertad económica de las empresas particulares prestadoras

46 Corte Constitucional, sentencias C-620 de 2016, C-978 de 2010 y C-616 de 2001.

47 Por ejemplo, en el caso de la escogencia de las EPS o de las IPS se afirma que “este derecho de libertad no es absoluto porque está limitado por la oferta de servicios y la capacidad instalada de los prestadores del servicio, y siguiendo el principio general según el cual dentro de un Estado Social de derecho los derechos y garantías no tienen un carácter absoluto, el derecho a la libre escogencia ha sido objeto de una regulación jurídica que impone el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos para que pueda ejercerse en forma razonable. En consecuencia, a pesar de que el ejercicio del derecho a la libre escogencia de las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicio goza de protección legal y constitucional, tanto para los afiliados al régimen contributivo como para los afiliados al régimen subsidiado, su garantía no es absoluta porque el legislador puede imponer limitaciones a su ejercicio, siempre que éstas sean razonables y proporcionadas”. Corte Constitucional, Sentencia C-1158 de 2008.

48 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de julio de 2020, radicado 17001-23-31-000-2005-02339-02 (47155).

del servicio público de salud no son absolutos y, por el contrario, encuentran claras limitaciones en la protección del interés general y en la eficacia del derecho fundamental a la salud”⁴⁹. En relación con la reglamentación que pueda hacer el gobierno del régimen legal de prestación del servicio, que tiene que ver con las condiciones de prestación y, además, significa precisar las dimensiones económica y social del servicio público, se ha afirmado que “... la filosofía que orienta la prestación del servicio público de salud no puede mirarse de modo absoluto de manera tal, que a la administración le esté vedado pronunciarse o incluso trazar algunos límites con tal de lograr que su cubrimiento pueda abarcar a la mayoría de la población que lo requiera”⁵⁰. Por último, sobre la base de la liberalización del servicio, se ha considerado que este puede ser prestado por particulares, siempre bajo regulación y control del Estado, y que su justificación se puede encontrar en aspectos relativos a la colisión entre las dimensiones económica y social referidas⁵¹.

Con fundamento en lo anterior es posible concluir que las bases conceptuales del servicio público de salud están estrechamente ligadas con su dimensión como derecho fundamental. Así las cosas, una vez el derecho trasmuta en servicio público, se hacen palpables y exigibles las garantías de acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. Además, en la lógica sistemática que suscribe este artículo, el contenido de las condiciones de prestación del servicio de salud son cambiantes, lo cual exige del Estado una labor de permanente de actualización,

49 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 10 de mayo de 2018, radicado 11001-03-24-000-2009-00593-00.

50 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 29 de septiembre de 2016, radicado 11001-03-24-000-2009-00593-00.

51 “... la participación privada en la prestación del servicio público de salud se basa en la sostenibilidad de la inversión financiera, la cual debe generar un margen para el empresario que compense el costo de oportunidad de los recursos. En este caso, la asignación de recursos obedece a consideraciones en torno a la demanda de bienes y servicios, la disponibilidad de recursos para ofrecer una respuesta a esa demanda y el costo de los mismos y la perspectiva de una ganancia financiera para el empresario. Desde esta perspectiva, la atención en salud tiene una doble connotación: como servicio público y como actividad económica. Al generar un margen de ganancia para quien presta los servicios de salud, es necesario precisar si, como lo dice el demandado, únicamente se encuentran excluidos del impuesto de industria y comercio los ingresos provenientes de la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud y no los servicios de salud que no hacen parte del pos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 17 de marzo de 2016, radicado 05001-23-33-000-2013-00422-01 (20933).

ampliación y modernización en su cobertura, de manera tal que, en la lógica de progresividad del derecho fundamental, no es posible aceptar que una vez se haya alcanzado un grado de satisfacción respecto de su garantía, no se requieran más avances.

En este contexto, habiendo descrito en términos generales los principales rasgos de la parte general, conceptual o teórica del derecho a la salud es posible pasar, en la lógica sistemática de constante retroalimentación, innovación y conservación a verificar lo que ocurre en la faceta práctica, esto es, verificar si esas bases conceptuales han logrado influenciar la parte especial (normativa) del derecho fundamental y servicio público de salud, por un lado, y a verificar si las reformas o modificaciones normativas incidieron en la configuración conceptual que se acabó de exponer⁵².

II. DIAGNÓSTICO DE SATISFACCIÓN DE LA LÓGICA SISTEMÁTICA EN LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD: LA EFICACIA PRÁCTICA COMO EL ETERNO TALÓN DE AQUILES

Como se ha observado, la parte general del régimen jurídico de la salud, compuesto por su naturaleza jurídica dual de derecho y de servicio público, según la teoría sistemática del derecho administrativo, debería irradiar e inspirar la parte especial, esto es, el derecho positivo en la materia. Así las cosas, la interacción de ambas partes, siempre en teoría, debería posibilitar la materialización plena de los objetivos teóricos en la práctica: podría, así, predicarse eficacia del derecho⁵³ en la regulación del servicio de salud.

52 “La Parte general y la Parte especial del Derecho administrativo no pueden, desde luego, concebirse como dos esferas rígidamente separadas. [...] Se trata, pues de *dogmáticas de carácter específico y asociadas a determinados sectores*, que se hallan condicionadas, cuando no íntimamente ligadas, por los objetivos y finalidades que son propios y característicos de cada uno de los sectores especiales y que presentan además una indudable ventaja y es que ofrecen una visión panorámica más completa: a través de esas categorías intermedias o que hacen puente, con un grado de abstracción intermedio, se lleva a cabo un fructífero e imprescindible intercambio o interacción entre la Parte general y la Parte especial del Derecho administrativo”. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general...*, cit., pp. 14 y 15.

53 “Todo derecho aspira a la eficacia, a su efectividad. De ahí que la ciencia del derecho no pueda conformarse sin más con la mera construcción dogmática de técnicas, categorías y reglas jurídicas, sino que debe ocuparse asimismo de las condiciones y presupuestos para que aquellas resulten efectivas y eficaces”. *Ibidem*, p. 27.

La anterior exigencia, de eficacia en la aplicación del derecho, es propia de la posmodernidad, que también puede constatarse en el ordenamiento jurídico colombiano, donde queda claro que desde hace varios lustros no basta con la simple verificación binaria legal/ilegal.⁵⁴ Entonces, esta búsqueda de materialización de la eficacia es plenamente predicable del derecho fundamental / servicio público a la salud. De este modo, la legitimación y la utilidad de la actividad –estatal y de los particulares– en este sector dejan de basarse, exclusivamente, en la existencia de normas jurídicas (validez), y se empieza a derivar, también, de la efectiva consecución de resultados⁵⁵: si teóricamente se establecen unas expectativas sobre las condiciones de prestación del servicio público de salud, la normativa debe garantizar la eficacia en la materialización de ellas, y no solo su validez.

En este contexto, se pasa a analizar como las condiciones teóricas y/o conceptuales, relativas a las condiciones de prestación del servicio público de salud, han sido debidamente reconocidas y positivizadas en la normativa del sector y, del mismo modo, el derecho positivo ha generado procesos de innovación en la parte general. Con base en esa comprobación, se expondrá y sustentará una hipótesis, ligada con la ausencia de eficacia práctica, tendiente a explicar por qué dichas condiciones –coincidentes en lo teórico y en lo normativo– no se han materializado en la práctica.

A. CONDICIONES NORMATIVAS DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD DESDE LAS PERSPECTIVAS ORGÁNICA Y SUSTANCIAL

La verificación de interacción sistemática entre las partes general y especial del régimen jurídico del servicio público de salud puede surtir por diversas

54 “El Estado posmoderno [...] no podía hacer nada distinto de producir un derecho posmoderno, no binario (legal o ilegal, válido o inválido) ni necesariamente jerarquizado, en el que la eficacia se convierte en una tercera preocupación de los juristas que la adoptan como nuevo ángulo de estudio del derecho”. ANDRÉS OSPINA, “La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina”, en *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt Assmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 47.

55 “La acción administrativa no ha de ser solo conforme a la ley y al Derecho, sino que más allá de ese estándar mínimo debiera satisfacer otros criterios de corrección (eficacia, calidad, etc.) Si se opta por esa óptica, la aceptación de los ciudadanos crecerá sin duda.” EBERHARD SCHMIDT ASSMANN, “Cuestiones fundamentales...”, cit., p. 72.

vías; en esta ocasión se surtirá a través de un análisis formal y cualitativo de la normativa en la materia, desde una perspectiva orgánica y sustancial. Es decir, una verificación del derecho positivo en relación con las estructuras y actividades administrativas que ha dispuesto el Estado colombiano a efectos de cumplir con las condiciones conceptuales de prestación, que se expusieron atrás. A este efecto, son determinantes la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, la Ley estatutaria 1571 de 2015 y el Decreto 780 de 2015.

En primer lugar, la normativa constitucional se conforma, principalmente, por los artículos 49 (derecho y servicio público de salud), 333 (libre competencia y libre empresa), 334 (Estado como director de la economía), 365 (régimen general de los servicios públicos)⁵⁶. Estas normas fueron referenciadas en la primera parte, toda vez que tanto la parte general como la parte especial del derecho a la salud debe construirse con base en la norma de normas, tanto desde la perspectiva orgánica como desde aquella sustancial. Así las cosas, el modelo teórico explicado, que fue decantado gracias a la labor de la jurisprudencia y la doctrina, encuentra anclaje en estas normas y, por tanto, resultaría lógico que el desarrollo infraconstitucional continuara en la misma línea y obedeciera a la misma lógica. Es decir, una primera prueba de satisfacción de las funciones del pensamiento sistemático se encontraría en normativa infraconstitucional que obedezca a la línea conceptual descrita, toda vez que se podría verificar que la parte general sirvió de apoyo e instrumento para la labor legislativa.

En este orden de ideas, es posible verificar que la Ley 100 de 1993, incluyendo sus reformas y las declaratorias de constitucionalidad y de inconstitucionalidad, se acompañan con las bases conceptuales del derecho/servicio a la salud. Por un lado, desde la perspectiva orgánica, para satisfacer los fines constitucionales, se prevé un robusto conjunto de sujetos que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud (artículo 155), conformado por autoridades administrativas (ministerio, superintendencia); por particulares (entidades promotoras de salud, instituciones prestadoras del servicio

56 La salud es concebida en la Constitución Política como: i) un servicio público a cargo del Estado; ii) un deber ciudadano de procurar el propio cuidado integral; iii) una garantía a todas las personas de acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación; iv) un derecho fundamental de los niños; v) un servicio garantizado a las personas de la tercera edad; vi) una prestación especializada para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; y vii) un valor que se debe proteger en relación con toda persona de conformidad con el principio de solidaridad social.

de salud); por los empleadores, trabajadores y sus organizaciones; por los beneficiarios del sistema; entre otros. Lo relevante acá es que, en lógica sistemática, la normativa prevé que estos sujetos deben interactuar, cumplir deberes y ejercer derechos/poderes con el fin de satisfacer las finalidades previstas en el sistema de salud.

En línea con lo anterior, como características básicas del sistema se prevén (artículo 156), entre otras: i) el rol del Gobierno nacional para dirigir, orientar, regular controlar y vigilar el servicio, con lo cual queda claro que el servicio no está a cargo del Estado; ii) el rol de las entidades promotoras de salud, que deben afiliar a los usuarios y administrar la prestación de los servicios (desarrollado en los artículo 177 a 184); iii) la naturaleza mixta, privada u oficial de las instituciones prestadoras de salud, en línea con la liberalización, las cuales prestan los servicios de salud a los afiliados (desarrollado en los artículos 185 a 193); iv) la posibilidad de que las EPS presten directamente servicios de salud a sus afiliados mediante IPS propias; v) la competencia de las entidades territoriales de subsidiar la demanda, con cargo a los fondos especiales y locales de salud.

También desde una perspectiva orgánica, se prevé (artículo 170) que el sistema está bajo la orientación y regulación del Presidente de la República y del Ministerio de Salud. Además, en la misma norma, se establece que el sistema atenderá las políticas, planes, programas y prioridades previstas por el gobierno frente a la salud pública, en la lucha contra las enfermedades endémicas y epidérmicas y el mantenimiento, educación, información y fomento de la salud. A su turno, se reitera que la inspección, vigilancia y control del servicio están a cargo del Presidente de la República, quien podrá delegarlas en el ministerio o en la superintendencia. Además, se establece la naturaleza y régimen jurídicos de las empresas sociales del Estado (artículos 194 a 197) para los eventos de prestación directa por parte de la Nación o de las entidades territoriales.

Por su parte, desde una perspectiva sustancial, también es posible verificar que la normativa ha incorporado las exigencias conceptuales en relación con las condiciones de prestación del servicio. En efecto, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 prevé los principios que rigen el sistema, que en principio eran 9 (equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de instituciones, descentralización administrativa, participación social, concentración y calidad). Dicha norma fue modificada por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011, respondiendo a la actualización e innovación teórica en

la materia, en la cual se incorporaron 21 principios que proporcionan una base más amplia, comprensiva y actual de mandatos de optimización para la garantía del derecho/servicio de salud.

Dentro de las características básicas del sistema (artículo 156) se evidencia con claridad un régimen sustancial de protección y derechos de los afiliados, la posibilidad de estos últimos de escoger libremente la EPS, la garantía expresa para los más pobres y vulnerables de acceder al sistema a través del régimen subsidiado, entre otras. Precisamente para materializar el principio de universalidad se establece una clasificación de los participantes del sistema, dividiéndolos en afiliados (régimen contributivo y subsidiado) y vinculados (personas con incapacidad de pago, mientras acceden al régimen subsidiado). También en el ámbito sustancial, se establece de manera expresa que los desmovilizados tienen derecho a acceder al régimen subsidiado (artículo 159).

Así mismo, como características sustanciales se prevé un régimen de deberes y obligaciones para los afiliados y beneficiarios (artículo 160) y para los empleadores (artículo 161). Y, como forma de materializar la prestación, se prevé el contenido del régimen de beneficios, compuesto por el plan de salud obligatorio (artículo 162), los beneficiarios del régimen contributivo (artículo 163), el régimen de atención básica (artículo 165), el régimen de atención materno infantil (artículo 166), el régimen de atención en urgencias (artículo 168), el régimen de planes voluntarios de salud (artículo 169). Este barrido formal de la Ley 100 de 1993 comprueba que el legislador buscó materializar normativamente las expectativas teóricas y conceptuales que se han construido en relación con las condiciones de prestación del servicio público de salud.

También se observó cómo la teorización del derecho a la salud en la jurisprudencia (constitucional y contencioso-administrativa) y en la doctrina han llevado a que en su concepto dogmático sea concebido como un derecho fundamental autónomo. Ese proceso de revisión, actualización y ajuste gradual en el plano conceptual reportó una evidente utilidad dogmática (satisfacción de las funciones política y dogmática), toda vez que en el año 2015 se produjo una reforma legislativa en donde se recogió esa “nueva” concepción, que entiende a la salud como un derecho fundamental autónomo. En efecto, producto de lo anterior, con el fin de adecuar la parte especial a la parte general, el Congreso sirviéndose de la parte general como instrumento de política legislativa, expidió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que

solo fue expedida una vez se había consolidado desde lo teórico la naturaleza fundamental del derecho.

La verificación de la satisfacción de la lógica sistemática, al menos en cuanto se refiere a la naturaleza del derecho a la salud, se hace evidente con la naturaleza de la Ley 1751 de 2015. En efecto, en la Constitución Política de 1991, desde su expedición, es claro que hay ciertas materias que deben ser reguladas a través de leyes estatutarias (artículo 152 de la Constitución Política), dentro de las cuales se encuentran los derechos fundamentales⁵⁷. Además, esta ley implica también una actualización sustancial de las condiciones de garantía del derecho fundamental a la salud, las cuales luego se traducen en condiciones de prestación del servicio público. En efecto, se prevé un régimen de obligaciones –activas y de abstención– del Estado (artículo 5); unos principios para garantizar el derecho fundamental a la salud (artículo 6); un régimen de evaluación anual por indicadores de goce efectivo del derecho (artículo 7); un régimen general de derechos y deberes de las personas en relación con la prestación del servicio público de salud (artículo 10); un régimen expreso de garantías para los sujetos de especial protección (artículo 11); entre otros.

Por último, descendiendo en la jerarquía normativa infraconstitucional, es también pertinente resaltar el Decreto único reglamentario 780 de 2016, que en sus considerandos prevé motivos claramente reconducibles a la lógica sistemática del derecho administrativo. En efecto, indica, por un lado, “que la producción normativa ocupa un espacio central en la implementación de políticas públicas, siendo el medio a través del cual se estructuran los instrumentos jurídicos que materializan en gran parte las decisiones del Estado” y, por el otro, “que la racionalización y simplificación del ordenamiento jurídico es una de las principales herramientas para asegurar la eficiencia económica y social del sistema legal y para afianzar la seguridad jurídica”. El análisis,

57 “... este Tribunal ha enfatizado en que no todo evento ligado a los derechos fundamentales debe ser tramitado mediante ley estatutaria. Igualmente, que la identificación del trámite a la que está sujeta la norma se hace a partir del contenido material de las disposiciones y no de su identificación formal.

De otra parte, la jurisprudencia también ha establecido que las disposiciones objeto de trámite cualificado son aquellas que regulan el núcleo esencial del derecho o deber fundamental, aspectos inherentes al mismo, la estructura general y sus principios reguladores o la normativa que lo regula de forma íntegra, estructural o completa. Igualmente, ha añadido que la reserva también aplica cuando se ‘trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho fundamental’”: Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2017.

incluso meramente formal, de las normas contenidas en el decreto es inabarcable e inoportuno; basta con afirmar que el desarrollo reglamentario en la materia es plenamente coincidente con las normas de superior jerarquía y con las bases conceptuales contenidas en la parte general en la materia.

Por lo tanto, es posible afirmar que el régimen jurídico del derecho/servicio a la salud, concebido como un ámbito de referencia del derecho administrativo especial, satisface la lógica sistemática del derecho administrativo, en la medida que es notoria la conexión, la interacción y la mutua retroalimentación de la parte general y especial en la materia. En otras palabras, es posible verificar que la parte especial (normativa) del derecho/servicio a la salud ha tenido como referente la parte general, en la medida en que su contenido se ha reconducido a la teoría general en la materia. Con ello, además, podría afirmarse que es verificable un tratamiento racionalizado y coherente de los intereses propios del sector y la construcción de estructuras y garantías sustanciales sólidas e interrelacionadas.

En definitiva, resulta claro que, de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de 1991, la atención en salud tiene una doble connotación: constituye un derecho fundamental y un servicio público de carácter esencial. De este modo, a través de la normativa especial el Estado ha procurado establecer un régimen jurídico respetuoso núcleo esencial del derecho a la salud y, para el efecto, existen normas que al establecer las condiciones de prestación del servicio garantizan el acceso sin barreras y de manera integral, continua y oportuna. Lo anterior, sobre la base de que teórica y normativamente, es claro que la protección al derecho fundamental a la salud no se limita al reconocimiento abstracto de los servicios a que tiene derecho la población, sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad.

En relación con esas características, el Consejo de Estado ha considerado que “la prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros”. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que

los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada”⁵⁸.

Entonces, si tal como se ha expuesto existe correspondencia, interacción y retroalimentación entre las partes general y especial del régimen jurídico del derecho/servicio de salud, pero, al mismo tiempo, se perciben en la práctica falencias en la satisfacción de las finalidades y en el respeto de las condiciones de prestación, para probar ello se tienen, al menos, dos razones: primero, bastaría con retomar la enorme litigiosidad en sede de acción de tutela; segundo, el descontento social al percibir que las reformas normativas no representan sus intereses, lo cual materializa una crisis de mayor escala, que alcanza el modelo de democracia representativa⁵⁹.

B. LA EFICACIA PRÁCTICA COMO TALÓN DE AQUILES EN LA MATERIALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

La no materialización plena de las condiciones teóricas y normativas de prestación del servicio de salud en nuestro ordenamiento jurídico también tiene una explicación en la lógica del derecho administrativo como sistema. En efecto, la conexión y retroalimentación entre ambas partes (general y especial) es necesaria, pero no suficiente. Es por ello que se afirma que, actualmente, “... la acción administrativa no ha de ser solo conforme a la ley y al Derecho, sino que más allá de ese estándar mínimo debiera satisfacer otros criterios de corrección (eficacia, calidad, etc.) Si se opta por esa óptica, la aceptación de los ciudadanos crecerá sin duda”⁶⁰.

58 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de junio de 2014, radicado 76001-23-31-000-1998-00034-01 (29095).

59 “... una de las raíces más profundas del malestar democrático está en el declive del principio de representación. Nuestras democracias se debilitan y no por ser demasiado representativas, sino por serlo demasiado poco. [...] Es difícil hacerse a la idea de que los mecanismos de representación *no reflejan nada*, porque no existe en ningún lado, en las profundidades de la conciencia del sujeto o en algún pliegue de la voz del pueblo, una voluntad que pueda ser trasladada a la arena política, traducida en decisiones, *sin mediaciones institucionales*”. ANDREA GREPPI, *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 77 y 78.

60 EBERHARD SCHMIDT ASSMANN, “Cuestiones fundamentales...”, cit., p. 72.

En el ordenamiento jurídico colombiano ya se ha advertido esa realidad y, por tanto, se ha aseverado que “... los poderes administrativos ya no son legítimos únicamente por emanar de la ley, expresión de la voluntad popular, sino también, y sobre todo, por servirles a las personas, por ser útiles a la sociedad”⁶¹. Por lo tanto, en la lógica sistemática del derecho administrativo, abstrayendo aún más el discurso, y distinguiendo las finalidades propias de las actividades administrativas (de la función administrativa) de las finalidades del sistema normativo⁶², se afirma que “el derecho administrativo debe satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia u efectividad de la acción administrativa”⁶³.

Lo anterior supone, en una lógica de teoría de la norma, revivir la clásica discusión teórica tendiente a marcar una línea limítrofe entre validez y eficacia⁶⁴. Establecer esa línea permitiría comprender por qué, a pesar de la conexión teórica y normativa en el régimen del derecho/servicio de salud, la mera expedición de normas (válidas y eficaces jurídicamente) no implica la materialización de las condiciones de prestación (eficacia práctica), es decir, la aplicación de las normas y la consecución de los resultados previstos. Sobre esta base es que se afirma que el talón de Aquiles, en la materialización de las condiciones jurídicas de prestación del servicio de salud, se encuentra en la faceta de eficacia práctica, y no en aquellas de validez o eficacia jurídica.

En este sentido, es importante recordar —porque muchas veces se olvida— la diferencia entre eficacia jurídica y eficacia práctica⁶⁵. En el ordenamiento jurídico vigente la eficacia jurídica se adquiere como consecuencia del cumplimiento de requisitos de validez, es decir, desde el momento de su perfeccionamiento, independientemente de la verificación de la producción concreta de las consecuencias jurídicas previstas o de la consecución de los fines establecidos. De este modo, la eficacia jurídica de una actuación

61 ANDRÉS OSPINA GARZÓN, “La eficacia en el derecho administrativo colombiano...”, cit., p. 70.

62 Un estudio en el derecho nacional sobre la distinción entre los fines del sistema normativo y los fines de la función administrativa, en: SAMUEL BAENA y CAMILO PERDOMO VILLAMIL, “La dimensión teleológica del derecho administrativo: en búsqueda de un nuevo paso en la evolución dogmática”, en *El derecho administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 87 a 134.

63 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general...*, cit., p. 26.

64 Que ha sido, desde sus orígenes, difícil de concretar. NORBERTO BOBBIO, *Teoría della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, pp. 43 a 48.

65 En la introducción se retomaba la definición de “eficacia jurídica” contenida en la *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI* del 2020.

administrativa “expresa su idoneidad para producir efectos en el ordenamiento jurídico, su capacidad para afectar las relaciones entre partes definidas o incluso hacia terceros produciendo efectos constitutivos, modificadores, extintores o meramente declarativos”⁶⁶. Sin embargo, esa capacidad o aptitud para producir efectos no implica su producción real y práctica. Por lo tanto, resulta claro que existe otro concepto, el de eficacia práctica, que se refiere a la efectiva producción de los efectos jurídicos.

Así las cosas, la doctrina resalta que existe una clara distinción entre eficacia jurídica y eficacia práctica, pues “el efecto jurídico presupone la existencia de una relación causal entre dos entidades (un hecho y un valor) que, sin embargo, no siempre se completa en el plano de la realidad, permaneciendo con vida la mera obligación (el deber ser) insatisfecha”⁶⁷. Por tanto, esta doble dimensión de la eficacia (jurídica y fáctica), en el ámbito del derecho administrativo, ha puesto de manifiesto la notoria diferencia entre eficacia y ejecución. Se trata de una distinción entre el efecto jurídico y el componente fáctico del efecto jurídico, con el fin de resaltar que “si bien es cierto que a todo efecto jurídico le sigue una consecuencia práctica, no es menos cierto que el efecto (jurídico) y la consecuencia (práctica) constituyen elementos distintos, que configuran, precisamente, el primero, un valor y, el segundo, un dato real”⁶⁸.

Este razonamiento tiene como única finalidad resaltar que el análisis de las condiciones de prestación del servicio público de salud no puede seguir efectuándose exclusivamente bajo las ópticas de validez (constitucional y legal) y de eficacia jurídica, asumiendo, implícita o explícitamente, que la eficacia práctica o la materialización de esas condiciones se derivará de manera forzosa, por gravedad⁶⁹. Así, es posible afirmar que la lógica sistemática está siendo parcialmente satisfecha o insatisfecha (cuestión que en este punto resulta obvia), toda vez que en la cultura lego-centrista colombiana⁷⁰ se ha

66 MARIO SPASIANO, “Il regime dei provvedimenti: l’efficacia”, en FRANCO GAETANO SCOCA (editor), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 299. (Traducción libre).

67 *Ibidem*. (Traducción libre).

68 *Ibidem*, pp. 299 y 300. (Traducción libre).

69 Por tanto, es posible afirmar que si “... el derecho administrativo siempre se ha ocupado por los medios y estos son necesarios para alcanzar los fines, la eficacia de la Administración es un tema implícito en el derecho administrativo, pero también la eficiencia”. ANDRÉS OSPINA, “La eficacia en el derecho administrativo colombiano...”, cit., p. 45.

70 En relación con la tradición lego-centrista en nuestro país, v. DIEGO LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura*

interiorizado que basta con las reformas normativas, que de ellas (o de su anuncio) se derivan transformaciones automáticas en la práctica cotidiana.

Con base en lo anterior, teniendo clara la importancia cardinal y la reivindicación de la eficacia práctica en el análisis de la materialización de las condiciones teóricas y normativas de prestación del servicio, es posible comprender por qué la doctrina especializada en la materia encuentra un sinnúmero de problemáticas o falencias, de carácter práctico, en la prestación del servicio público de salud.

En efecto, la doctrina ha analizado la jurisprudencia constitucional derivada de acciones de tutela⁷¹ en materia de salud y ha concluido que solo gracias a la acción judicial —al litigio— ha sido posible la materialización de las condiciones sustanciales de prestación del servicio público de salud, por ejemplo, respecto de los principios de universalidad, solidaridad, enfoque diferencial y progresividad de la Ley 100 de 1993, en relación con medicamentos no POS. Es decir, reconociendo las falencias en la eficacia práctica, lo cual implica que no se hayan satisfecho plenamente las funciones del pensamiento sistemático en el derecho administrativo, se afirma que gracias a la acción de tutela se han podido corregir algunos de esos eventos y, de paso, generar procesos de ajuste conceptual y normativo. En concreto, se afirma que “en pocos países del mundo el litigio del derecho a la salud ha tenido efectos tan transformadores como en Colombia. No solo miles de personas están hoy con vida gracias a la tutela. Adicionalmente, el litigio y la adjudicación judicial han acercado las políticas públicas a la defensa del derecho a la salud”⁷².

También en términos prácticos, y desde una perspectiva muy crítica, se han reseñado algunos problemas que aquejan el sistema de salud en Colombia, y que seguro coinciden con la percepción ciudadana. Al respecto, se ha indicado que:

del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Legis-Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004.

71 También, resaltando la dificultad en la faceta de eficacia práctica de las condiciones de prestación del servicio, se ha indicado que “como resultado de las dificultades en la prestación de los servicios de salud, los usuarios encontraron en la tutela una forma de acceso a los servicios, invocando la exigibilidad del derecho a la salud”. LUZ BARRERA. *La salud en Colombia...*, cit., p. 569.

72 EVERALDO LAMPREA MONTEALEGRE, *Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas en salud en Colombia (1991-2014)*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2015, p. 117.

la salud en Colombia presenta una evaluación negativa, debido a varias situaciones, entre las cuales algunas merecen unos breves comentarios: (a) la corrupción generalizada; (b) la injusticia e inequidad biológica, social, económica y política, lo cual ha generado los más altos índices de pobreza en el país, como los que presenta actualmente; (c) el considerar la prestación de servicios de salud como un negocio especulativo, que debe generar muchos ingresos y ganancias, y (d) la mentalidad curativa y no preventiva de empresarios, dirigentes, directivos y profesionales de la salud⁷³.

Como se evidencia, estas problemáticas parecen estar resueltas desde la perspectiva conceptual y normativa; sin embargo, en la práctica la historia es diferente.

Igualmente, en cuanto a las condiciones de prestación, se evidencia una problemática a la hora de materializar los principios que rigen tanto la parte conceptual como la parte normativa del servicio público de la salud. En efecto, resulta claro que son múltiples los instrumentos normativos que, positivizando las exigencias conceptuales, exigen que la población sea atendida mediante procedimientos y medicamentos que garanticen el más alto nivel posible de salud (un claro mandato de optimización). Sin embargo, en la faceta práctica, la eficacia de disposiciones normativas que desarrollen esta condición de prestación del servicio se ve directa y profundamente condicionada por distintos factores. Al respecto, la doctrina nacional se ha cuestionado “¿a qué tipo de servicios y tratamientos médicos se está refiriendo? ¿A todos aquellos que incentiven el nivel más alto de salud entre su población, independientemente de sus costos?”⁷⁴

Lo anterior se agrava si, tal como se encuentra previsto en nuestro régimen constitucional (artículo 334), la intervención del Estado debe realizarse en un marco de sostenibilidad fiscal. En efecto, en relación con los costos inherentes al sistema de salud y la crisis financiera que puede producirse se ha indicado que:

a finales del año 2009 se hizo patente un gasto de salud que generaba creciente riesgo para la sostenibilidad del SGSSS. Se produjo un incremento inusitado en el gasto, originado en el reconocimiento de prestaciones no incluidas en el POS, por medio

73 BENJAMÍN HERAZO ACUÑA, “Algunos problemas de la salud en Colombia”, *Univ Odontol.*, 29 (63), jul.-dic., Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, p. 37.

74 EVERALDO LAMPREA MONTEALEGRE, *Derechos en la práctica...*, cit., p. 118.

de tutelas —decisiones judiciales dirigidas a proteger derechos fundamentales—, o recobros autorizados por los Comités Técnico Científicos de las EPS. Los recobros en el régimen contributivo se pagan con recursos del Fosyga mientras que los del régimen subsidiado los deben pagar las entidades territoriales⁷⁵.

Una cuestión directamente relacionada con la gestión actual de la pandemia covid-19 está en la tensión práctica que se surte entre la garantía del derecho/servicio a la salud y el acceso eficaz y oportuno a nuevas tecnologías, como lo es la vacuna. Al respecto, casi de manera premonitoria, la doctrina nacional afirmaba que en nuestro ordenamiento hay riesgos de eficacia práctica en la materia. En concreto, se resaltaban las falencias en el análisis de acceso a medicamentos costosos y se consideró que:

este hecho básico de economía política es, aunque parezca paradójico, obviado por un sector importante de la literatura especializada en el derecho a la salud. En muchos de estos textos, el derecho a la salud pareciera existir en el mundo en donde los pacientes y los sistemas de seguridad social acceden gratuitamente a productos y servicios de salud. Sin embargo, esta perspectiva riñe con la realidad de millones de personas y de la mayoría de los sistemas de salud⁷⁶.

Así, es claro que se resalta cómo la eficacia práctica constituye el talón de Aquiles para materializar el pleno y oportuno acceso a medicamentos, como uno de los elementos básicos y cardinales de las condiciones de prestación del servicio público de salud⁷⁷.

Además, la gestión del proceso de vacunación ha sido objeto de múltiples críticas derivadas, esencialmente, de la dificultad en el acceso a la información pública en la materia, con lo cual se podría estar poniendo en jaque no solo las condiciones de prestación de servicios de salud (que incluyen la gestión transparente), sino también la materialización de las condiciones constitucionales de una democracia, pues, como ha indicado la doctrina, “democrático es el gobierno del público que se ejerce en público”⁷⁸. Con

75 CARLOS ALBERTO AGUDELO CALDERÓN *et al.*, “Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas”, *Ciênc. saúde coletiva*, vol. 16, n.º 6, 2011, pp. 2823 y 2824.

76 ÉVERALDO LAMPREA MONTEALEGRE, *Derechos en la práctica...*, cit., p. 120.

77 Recientemente la Corte Constitucional unificó las reglas jurisprudenciales para acceder a servicios o tecnologías en salud, como pañales, pañitos, cremas, sillas de ruedas, transporte y servicio técnico de enfermería. Ver: Corte Constitucional, Sentencia SU-580 de 2020.

78 ANDREA GREPPI, *La democracia y su contrario...*, cit., p. 149.

ello, como resulta obvio, se impide el análisis de satisfacción de los resultados previstos, es decir, de la eficacia práctica del sistema, y se abandona la opinión de la comunidad, y el control social, a una marea de datos no oficial, de difícil manejo⁷⁹.

En línea con lo anterior, pero esta vez desde la perspectiva de patentes en el sector salud, también muy relevantes a efectos de la atención médica de la covid-19-, se ha indicado que:

la última década ha sido testigo de enormes avances en el derecho internacional de los derechos humanos con respecto a la propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos. [...] la realización plena y equitativa del derecho adecuado a la salud depende en gran medida de la capacidad y la disposición política de los intervinientes nacionales para garantizar que las normas internacionales tengan fuerza. El grado en que la primacía de los derechos humanos puede hacerse realidad en el ámbito del acceso a los medicamentos depende mucho, por lo tanto, del país y del contexto⁸⁰.

A todos los actores del sector (legislador, jueces, administraciones públicas, aseguradores, prestadores, usuarios del servicio) les interesa que el régimen jurídico, además de válido y eficaz jurídicamente, sea eficaz en la práctica. Solo así se puede afirmar que la intervención estatal en la materia logra legitimarse democráticamente⁸¹, pues consiguió los resultados esperados⁸². Sin

79 “Nuestra realidad no se caracteriza por la ilimitada apertura de posibilidades, sino al revés, por el naufragio del sujeto desbordado por el incontenible caudal de datos al que está expuesto. En una situación como esta, más que nunca, la transparencia es un arma de doble filo. Es condición de libertad y opresión. Para quienes disponen de los recursos necesarios para elaborar la información, transformándola en conocimiento relevante, tejiendo relatos y conexiones de sentido, es un instrumento de poder extraordinariamente potente. Pero precisamente por eso mismo, comparativamente, quienes carecen de tales recursos quedan situados en una posición de crónica desventaja”. ANDREA GREPPI, *La democracia y su contrario...*, cit., pp. 150 y 151.

80 SMITA NARULA, “El enfoque en los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos: parámetros y trampas”, en *Entre salud y patentes*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2015, p. 424.

81 “La racionalidad del derecho no supone más: la norma se analiza al tamiz de la eficacia, convertida en la condición y la garantía de su legitimidad”: JACQUES CHEVALLIER, *El Estado posmoderno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 182.

82 “La eficacia es un elemento transversal, y por ende, cualquier elemento o instrumento del derecho administrativo debe considerarse a su luz [...] La eficacia es entonces una obligación de resultado y no simplemente de medios”. ANDRÉS OSPINA, “La eficacia en el derecho administrativo colombiano...”, cit., pp. 59 y 60.

embargo, en la faceta de eficacia práctica de las condiciones de prestación del servicio público de salud se ha encontrado que:

... la combinación de crisis de legitimidad, crisis regulatoria generalizada e incapacidad de las aseguradoras en salud para responder por sus obligaciones, fue generando condiciones percibidas por los agentes públicos y privados como una crisis sectorial que afecta las expectativas futuras para el desarrollo del derecho a la salud y la garantía del goce efectivo al acceso, uso y calidad de los servicios, hasta el punto de que aquellos indagados por si estaban dispuestos a realizar nuevas inversiones, contestaron en su mayoría que no, porque no había condiciones para recuperar en el futuro los recursos invertidos en el presente...⁸³.

En definitiva, si la satisfacción plena de las condiciones teóricas y normativas de prestación del servicio dependen no solo de la conexión e interacción entre dichas partes, sino, en mayor medida, del análisis de eficacia práctica, resulta claro que es en ese aspecto donde se encuentra la mayor debilidad del sistema (su talón de Aquiles) y es también en ese rubro donde deben continuar concentrándose los esfuerzos de innovación, de manera tal que la ciencia del derecho administrativo reporte utilidad en la práctica⁸⁴.

CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Una de las principales problemáticas del sector salud en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en la materialización de las condiciones de prestación del servicio público de salud, es decir, en la eficacia práctica de las condiciones conceptuales y normativas que se le atribuyen a ese derecho fundamental, cuando transmuta en servicio público esencial.

Para adentrarse en el análisis de esa problemática se requirió, primero, estudiar el contenido y alcance de las condiciones de prestación. Por tanto, se acogió la lógica sistemática de estudio del derecho administrativo, entendiendo que el sector salud constituye una de las partes especiales y, en

83 LUISA FERNANDA SUÁREZ-ROZO *et al.*, “La crisis del sistema de salud colombiano: una aproximación desde la legitimidad y la regulación”, *Revista Gerencia Política Salud*, 16 (32), 2017, pp. 34 a 50.

84 “La ciencia del Derecho Administrativo constituye una ciencia orientada a la *práctica*, a la *acción*, que se preocupa por las actividades reales que despliega el Estado; que aspira a *dirigir* a los distintos actores intervinientes; que busca *evidenciar y facilitar* a todos los sujetos la aspiración de efectividad y a la eficacia —a la consecución de los resultados que se propone— que es inherente al Derecho”. EBERHARD SCHMIDT ASSMANN, “Cuestiones fundamentales...”, *cit.*, p. 83.

el contexto actual de la pandemia covid-19, un ámbito de referencia que debe ser estudiado con detenimiento a efectos de verificar si, producto de sus desarrollos normativos, se requiere adelantar procesos de innovación y revisión en la parte general o teórica de la materia. Así las cosas, y por cuestiones metodológicas, con el fin de facilitar la explicación y análisis de materialización y satisfacción de la lógica sistemática, se adelantó un estudio separado de las partes general y especial de las condiciones de prestación del servicio público de salud.

Producto de ese análisis se logró demostrar que, en la referida lógica sistemática del derecho administrativo, la parte general (conceptual y teórica) en la materia está sólidamente conformada por conceptos y teorías, derivados acertadamente del texto constitucional, elaborados por la doctrina y la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa. De ellas se puede derivar un régimen general y especial basado en la doble naturaleza de la salud: por un lado, derecho fundamental y, por el otro, servicio público esencial. La interacción de estas dos facetas determina el contenido de las condiciones teóricas de prestación del servicio público de la salud, que no es otra cosa que la transformación en garantía subjetiva del derecho fundamental.

Con base en ello, se analizó la parte especial, es decir, la normativa en materia de las condiciones de prestación del servicio, desde una perspectiva orgánica y sustancial. Dicho estudio arrojó que, en términos generales, el derecho positivo se corresponde con la construcción teórica. En efecto, se pudo verificar que la robusta línea jurisprudencial constitucional y los estudios doctrinarios han influenciado los ajustes y actualizaciones normativos. Por lo tanto, tanto la teórica como la normativa coinciden y se retroalimentan en una misma lógica: la salud es un derecho fundamental, el cual debe ser garantizado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, como servicio público, debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política.

La anterior comprobación permite afirmar que se han satisfecho, al menos de manera parcial, las cuatro funciones del pensamiento sistemático en derecho administrativo, esto es, la función de auxilio para la práctica judicial y administrativa, la función dogmática, la función política y la función receptora. Sin embargo, a pesar de esta constatación, es imposible negar que en la

vida cotidiana de la población colombiana no se satisfacen de manera plena e integral esas condiciones previstas teórica y normativamente. Por tanto, aun en la lógica sistemática, se procuró demostrar que el talón de Aquiles para la materialización de esas condiciones de prestación se encuentra en la denominada “eficacia práctica”, toda vez que, en nuestro ordenamiento jurídico, tradicionalmente lego-centrista, se ha obviado la distinción entre eficacia jurídica y eficacia práctica. De este modo, se ha entendido que, del cumplimiento de los requisitos de validez, además de configurarse la eficacia jurídica, se deriva también la eficacia práctica.

Lo anterior puede constituir la explicación conceptual de la inacabada materialización de las condiciones de prestación del servicio público de salud, toda vez que la mera expedición de normas o de decisiones administrativas no se traduce, de manera inmediata y automática, en la verificación de las consecuencias prácticas. Ello se comprueba a través de las diferentes críticas que se hacen al sistema de salud, las cuales no giran en torno al contenido conceptual o normativo, sino a su efectividad en la práctica. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico, y es tarea también de la ciencia del derecho administrativo, es necesario continuar con el análisis, en lógica de *innovación-conservación*, dirigido a hallar e introducir los ajustes (conceptuales y normativos) tendientes a lograr materializar el robusto conjunto de condiciones orgánicas y sustanciales que rigen la prestación del servicio público de salud.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AA. VV., *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt Assmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- AA. VV., *El derecho administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.
- AGUDELO CALDERÓN, CARLOS ALBERTO *et al.*, “Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas”, *Ciênc. saúde coletiva*, vol. 16, n.º 6, 2011, pp. 2817-2828.
- BAENA, SAMUEL y PERDOMO VILLAMIL, CAMILO, “La dimensión teleológica del derecho administrativo: en búsqueda de un nuevo paso en la evolución dogmática”, en *El derecho administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 87 a 134.

- BARRERA, ELSY LUZ, *La salud en Colombia. Entre el derecho a la salud y la racionalidad económica del mercado, 1993-2015*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958.
- CAICEDO, BEATRIZ y GARCÍA, JUAN DAVID, “La dimensión económica y política de los servicios de atención en salud: un aporte general para el derecho a la salud y la justicia sanitaria en Colombia”, *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, n.º 20 (1), Universidad de Antioquia, 2017.
- CARRILLO DE LA ROSA, YEZID, “Problemas ineludibles en la caracterización de los conflictos constitucionales y la ponderación de los principios (planteamiento de la cuestión)”, *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 8, n.º 1, 2013.
- CHEVALLIER, JACQUES, *El Estado posmoderno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- DÍEZ SASTRE, SILVIA, “La formación de conceptos dogmáticos en el derecho público”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 31, 2015.
- DE PRETIS, DARIA, “Una dogmatica ‘riformata’ del diritto amministrativo. A proposito di ‘Verwaltungsrechtliche Dogmatik’ di Eberhard Schmidt-Assmann”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fascículo 1, 2015.
- DUEÑAS, ÓSCAR JOSÉ, *Constitucionalización e internacionalización de los derechos a la salud y a la pensión*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.
- FERNÁNDEZ NÚÑEZ, MIGUEL, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 40, 2017.
- GAÑÁN ECHAVARRÍA, JAIME LEÓN, “De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia”, *Monitor Estratégico*, n.º 3, 2013, pp. 7 a 19.
- GREPPI, ANDREA, *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid, 2012.
- HERAZO ACUÑA, BENJAMÍN, “Algunos problemas de la salud en Colombia”, *Univ. Odontol.*, 29(63), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, jul.-dic. 2010, pp. 37 a 39.

- LAMPREA MONTEALEGRE, EVERALDO, *Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas en salud en Colombia (1991-2014)*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2015.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis y Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004.
- MUÑOZ SEGURA, ANA MARÍA, *La Constitución de 1991 y la seguridad social. El derecho laboral generalizado*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2012.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO, *El concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- NARULA, SMITA, “El enfoque en los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos: parámetros y trampas”, en *Entre salud y patentes*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2015, pp. 401 a 425.
- OSPINA, ANDRÉS, “La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina”, en *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt Assmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 35 a 74.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO, “El inútil concepto de ‘servicio público’. Notas para una crítica desde la perspectiva de ‘Law and economics’”, en *Derecho Económico. Colección Enrique Low Murtra*, tomo III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 93-104.
- PERDOMO VILLAMIL, CAMILO, *Regulación económica: caracterización y control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- PORTOCARRERO QUISPE, JORGE ALEXANDER, “¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales”, *Vox Juris*, 31, Universidad de San Martín de Porres, 2016.
- RAMAJOLI, MARGHERITA, “L’esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fascículo 2, 2010.
- Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI*, 2020, en https://www.racmyp.es/imagenes/publicaciones/2020-0592_enciclopedia_ciencias_morales_acc_ee_final.pdf

RINCÓN, JORGE IVÁN, *La teoría de la organización administrativa en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, “La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma (‘la nuova scienza del diritto amministrativo’)”, *Diritto Amministrativo: Rivista Trimestrale*, fascículo 2-3, 2015, pp. 255 a 290.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, en JAVIER BARNES (editor), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Global Law Press e INAP, Sevilla, 2012, pp. 21 a 140.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*, traductores varios, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2003.

SPASIANO, MARIO, “Il regime dei provvedimenti: l’efficacia”, en Franco Gaetano Scoca (editor), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 299. (Traducción libre).

SUÁREZ-ROZO, LUISA FERNANDA *et al.*, “La crisis del sistema de salud colombiano: una aproximación desde la legitimidad y la regulación”, *Revista Gerencia Política Salud*, 16 (32), 2017, pp. 34 a 50.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional, sentencia T-484 de 1992.

Corte Constitucional, sentencia T-366 de 1993.

Corte Constitucional, sentencia T-471 de 1993.

Corte Constitucional, sentencia, T-409 de 1995.

Corte Constitucional, sentencia T-281 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia T-258 de 1997.

Corte Constitucional, sentencia T-304 de 1998.

Corte Constitucional, sentencia T-560 de 1998.

Corte Constitucional, sentencia T-535 de 1999.

Corte Constitucional, sentencia T-1255 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia T-119 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia T-1737 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia T-389 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia T-494 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia C-615 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia T-449 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia T-794 de 2003.

Corte Constitucional, sentencia T-1033 de 2004.

Corte Constitucional, sentencia T-1066 de 2004.

Corte Constitucional, sentencia T-718 de 2004.

Corte Constitucional, sentencia T-836 de 2005.

Corte Constitucional, sentencia T-078 de 2005.

Corte Constitucional, sentencia T-084 de 2005.

Corte Constitucional, sentencia T-430 de 2005.

Corte Constitucional, sentencia T-651 de 2005.

Corte Constitucional, sentencia T-654 de 2005.

Corte Constitucional, sentencia T-632 de 2005.

Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2006.

Corte Constitucional, sentencia T-135 de 2006.

Corte Constitucional, sentencia T-914 de 2006.

Corte Constitucional, sentencia T-963 de 2006.

Corte Constitucional, sentencia T-557 de 2006.

Corte Constitucional, sentencia T-419 de 2007.

Corte Constitucional, sentencia T-905 de 2007.

Corte Constitucional, sentencia T-058 de 2007.

Corte Constitucional, sentencia T-933 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia C-1158 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-097 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-107 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-655 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia C-463 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-858 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-870 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-956 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-975 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-997 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-880 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia T-463 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia T-365 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia T-049 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia T-740A de 2009.

Corte Constitucional, sentencia T-607 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia T-105 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia T-277 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia T-392 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia T-674 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia C-978 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-864 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-019 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-094 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-170 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-695 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-495 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-793 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-644 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-795 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-676 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia T-648 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia T-728 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia T-048 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia T-184 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia T-683 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia T-739 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia T-1085 de 2012.

Corte Constitucional, sentencia T-202 de 2012.

Corte Constitucional, sentencia T-028 de 2012.

Corte Constitucional, sentencia T-150 de 2012.

Corte Constitucional, sentencia T-931 de 2012.

Corte Constitucional, sentencia C-197 de 2012.

Corte Constitucional, sentencia T-481 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia T-036 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia T-554 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia T-161 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia T-323 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia T-799 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia T-028 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia T-154 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia T-423 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia T-920 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia T-126 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia T-160 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia T-612 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia T-791 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia T-677 de 2014.

Corte Constitucional, sentencia T-056 de 2015.

Corte Constitucional, sentencia T-481 de 2015.

Corte Constitucional, sentencia T-754 de 2015.

Corte Constitucional, sentencia T-313 de 2015.

Corte Constitucional, sentencia T-314 de 2015.

Corte Constitucional, sentencia T-128 de 2015.

Corte Constitucional, sentencia T-719 de 2015.

Corte Constitucional, sentencia T-142 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia T-020 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia T-544 de 2017.

Corte Constitucional, sentencia T-673 de 2017.

Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2017.

Corte Constitucional, sentencia T-381 de 2018.

Corte Constitucional, sentencia T-402 de 2018.

Corte Constitucional, sentencia SU-580 de 2020.

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS DEL CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de junio de 2014, radicado 76001-23-31-000-1998-00034-01 (29095).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2016, radicado 19001-23-31-000-2006-00960-01 (36933).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 17 de marzo de 2016, radicado 05001-23-33-000-2013-00422-01 (20933).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 29 de septiembre de 2016, radicado 11001-03-24-000-2009-00593-00.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2018, radicado 25000-23-26-000-2004-02367-02 (41681).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Primera, sentencia del 24 de agosto de 2018, radicado 11001-03-24-000-2010-00281-00.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 10 de mayo de 2018, radicado 11001-03-24-000-2009-00593-00.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de julio de 2020, radicado 17001-23-31-000-2005-02339-02 (47155).

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de septiembre de 2020, radicado 11001-03-06-000-2020-00195-00(2453).

El grupo de investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, consciente de las necesidades visibilizadas por la crisis sanitaria, entrega a la comunidad académica una obra colectiva en la cual se analizan de manera transversal los aspectos generales del derecho administrativo sanitario referidos principalmente a la salud pública como un interés general, la relación y diferencia entre el derecho administrativo de la salud y el de la salubridad pública, y los aspectos organizacionales y sustanciales de la salud y la salubridad pública.

En este análisis se desarrolla el papel del Estado como garante del servicio público de salud, e igualmente su prestación directa por parte de entidades administrativas y por particulares en un régimen de libertad de empresa. De la misma manera, se ahonda en el régimen de responsabilidad de los trabajadores de la salud y el régimen de compras públicas aplicable a este sector administrativo. Este estudio del servicio público de salud se complementa con una perspectiva crítica de las competencias e instrumentos de la Administración pública para la gestión de riesgos que amenazan el orden público sanitario, a partir de lo cual se identifican los retos, avances y perspectivas de la construcción de ciudades con condiciones sanitarias óptimas para el ejercicio de los derechos fundamentales. En síntesis, una investigación sobre los poco explorados contornos del servicio público de salud y del derecho de la salubridad pública, encaminada al desarrollo sistemático de las instituciones del derecho administrativo sanitario y la garantía individual y colectiva del derecho a la salud.