

CONTENIDO Y ALCANCE DE LA SALUD EN LA COBERTURA DE PÓLIZAS DE
SEGUROS DE SALUD EN LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO, AFILIADO Y
ASEGURADORA

KATHERINE JULIETH RUIZ PEDREROS

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO CAMPUS

CAJICÁ

2018

CONTENIDO Y ALCANCE DE LA SALUD EN LA COBERTURA DE PÓLIZAS DE
SEGUROS DE SALUD EN LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO, AFILIADO Y
ASEGURADORA

Por:

KATHERINE JULIETH RUIZ PEDREROS

Trabajo para optar por el título de Abogado

Director: OSCAR JAVIER PEÑA MUÑOZ

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO CAMPUS

CAJICÁ

2018

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero agradecer a mi madre por su apoyo incondicional y su paciencia en las arduas horas de lucha para consolidar este trabajo de investigación, las cuales han sido una motivación para seguir luchando por las metas propuestas. De igual forma, al doctor Sanders Lois Lozanos Solano cuya preocupación por la prestación del servicio de salud como médico general dejó en mi la compleja tarea de adentrarme la operatividad del mercado de seguros

Asimismo, quiero agradecer los aportes doctrinales de cada uno de los autores que se tuvieron en cuenta en el transcurso de esta investigación, en especial a Federico Tobar que dio interesantes aportes sobre la concepción de la salud en el marco de una política social y su relación con el mercado; a Giancarlo Buitrago Gutiérrez y José Ivo Montaña Caicedo cuyos aportes económicos fueron posibles para entender la operatividad del contrato de seguros.

Por último y los más importantes, quisiera hacer mención al Dr. Oscar Javier Peña Muñoz y a la Dra. Gloria Cristina Martínez que sin su asesoría metodológica y en materia de estilo y redacción, no hubiera sido posible la consolidación coherente de los resultados de la investigación.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el contenido y alcance de la salud en la cobertura de pólizas de seguros de salud en relación con el Estado, el Afiliado y la aseguradora. El acceso inoportuno y la afectación de la calidad del servicio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud han incentivado la suscripción de planes voluntarios (PVS).

Dichos planes son: (i) Planes de Atención Complementaria (PAC); (ii) medicina pre-pagada de atención pre hospitalaria o servicios de ambulancia pre-pagada (PMP) y (iii) pólizas de seguros de salud (PSS). En lo que concierne a las pólizas de seguros de salud, la relación contractual contempla dos principios que condicionan el contenido y alcance del derecho a la salud.

Por lo tanto, las controversias contractuales que se generan en este negocio jurídico, las cuales afectan sustancialmente este derecho, requiere examinar la salud como derecho, diferenciar en términos económicos el tipo de cobertura que oferta el SGSSS y las aseguradoras, finalmente, estudiar la salud desde la perspectiva del servicio.

Palabras claves: contenido y alcance del derecho a la salud, Pólizas de Seguros de Salud, controversias contractuales, cobertura en el SGSSS, cobertura en las Pólizas de seguros de salud, servicio de salud.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the content and scope of health coverage of health insurance policies in relation to the State, the Member and the insurer. Inopportune access and affecting the quality of the service in the General System of Social Security in Health have encouraged the subscription of voluntary plans (PVS).

These plans are: (i) Complementary Care Plans (PAC); (ii) pre-paid care medicine or pre-paid ambulance services (PMP) and (iii) health insurance policies (PSS). With regard to health insurance policies, the contractual relationship contemplates two principles that condition the content and scope of the right to health.

Therefore, the contractual controversies that arise in this legal business, which substantially affect this right, require examining health as a right, differentiating in economic terms the type of coverage offered by the SGSSS and insurers, finally, studying health from the perspective of the service.

Keywords: content and scope of the right to health, health insurance policies, contractual disputes, coverage in the SGSSS, coverage in health insurance policies, health service.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
METODOLOGÍA	8
1. CAPITULO I: LA SALUD COMO DERECHO	10
1.1. Concepto de la salud.....	10
1.2. Derecho internacional.....	12
1.2.1. La salud en el derecho internacional.....	17
1.2.2. Contenido y alcance del derecho a la salud.....	43
1.3. La salud en el Derecho Nacional	46
1.3.1. El derecho a la salud en el SGSSS.....	49
1.3.2. Derecho a la salud en las pólizas de seguros de salud (PSS)	55
2. CAPITULO II: ECONOMIA DE LA SALUD	64
2.1. Definición economía de la salud.....	64
2.2. Diversificación financiera en el sector publico cobertura del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).....	67
2.3. Diversificación financiera sector privado cobertura pólizas de seguros de salud.....	74
3. CAPITULO III SERVICIO DE SALUD	82
3.1. Servicio publico.....	82
3.2. Relación con el afiliado	90
3.3. Servicio privado de interés publico	98
CONCLUSIONES	106
REFERENCIAS	112
FUENTES JURISPRUDENCIALES	122
Corte Constitucional:.....	122
Corte Suprema de Justicia:	126
FUENTES NORMATIVAS:	127
CONCEPTOS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA:	129

INTRODUCCIÓN

En Colombia el acceso y la calidad del servicio de salud que brinda el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), es deficiente, debido a varias causas

identificadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008 que son: la escasa cobertura del Plan Obligatorio de Salud (POS); la interrupción del servicio por falta de contratación de las instituciones prestadoras del servicio (IPS); el traslado de cargas administrativas que no le corresponden asumir a los afiliados y los impedimentos presupuestales para elegir libremente la Entidad Prestadora de Salud. (EPS).

Las fallas en la regulación del servicio de salud, han incentivado a los afiliados a suscribir Planes Voluntarios de Salud, que cuentan con una mayor calidad y efectividad; dentro de estos se encuentran los siguientes: (i) Planes de Atención Complementaria (PAC) la prestación del servicio está a cargo por las Entidades Prestadoras de Salud;(ii) medicina pre-pagada de atención pre hospitalaria o servicios de ambulancia pre-pagada (PMP) suministrados por entidades de medicina pre-pagada (EMP) y (iii) pólizas de seguros de salud (PSS) cuya oferta corresponde a las aseguradoras.

Estos planes reemplazan los servicios que están contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, por lo que su oferta no corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad. La relación contractual en las pólizas de seguros de salud contempla dos principios que son propios de la naturaleza jurídica del negocio suscrito, uno que corresponde a la autonomía de la libertad de las partes y otro referido a la libertad contractual de las aseguradoras al ofertar este tipo de pólizas; principios que condicionan el contenido y alcance del derecho a la salud.

El condicionamiento del derecho genera que los problemas contractuales como la interrupción o suspensión de la prestación del servicio por terminación unilateral del contrato; extralimitación de la obligación condicional del asegurador; preexistencia y reticencia, dado su carácter prestacional, afecten sustancialmente este derecho. A partir de la problemática descrita la pregunta problema de esta investigación es la siguiente: ¿Cuál es el contenido y alcance de la salud en la cobertura de las pólizas de seguros en la relación entre Estado, afiliado y la aseguradora?

La tesis que dio respuesta a la pregunta problema identifica a la salud como un derecho que tiene una faceta fundamental y prestacional. En la cobertura de las Pólizas de seguros de Salud prevalece su carácter prestacional, toda vez que la prestación del servicio en este contrato de seguros, no la oferta la aseguradora en virtud de una obligación estatal,

sino que tiene su origen en un negocio jurídico de carácter particular. El riesgo que cubre la aseguradora obedece a que la relación entre Estado sea una obligación de protección y de cumplimiento, en el afiliado un derecho condicionado por el principio de autonomía de la libertad de las partes y el deber de la aseguradora está orientado al interés público del servicio desde el carácter prestacional del derecho a partir del principio de la libertad contractual.

Frente a la pregunta problema, el presente documento **analizó** el contenido y alcance de la salud en la cobertura de las pólizas de seguros en la relación entre Estado, afiliado y aseguradora. Para el logro de este objetivo, se diseñaron tres objetivos específicos, que se presentan como capítulos. En primer lugar se **examinó** la salud como derecho; seguidamente se **diferenció** en términos económicos la cobertura de la salud entre el SGSSS y la aseguradora. Finalmente, se **estudió** la salud desde la perspectiva de servicio. ,

METODOLOGÍA

Los métodos son aquellos procedimientos avalados para lograr un conocimiento con pretensiones científicas; mientras que la metodología es el estudio y reflexión de los métodos; cuyo desarrollo investigativo, no debe confundirse con las técnicas de recolección de información (Botero Bernal , 2015).

El método utilizado en esta investigación es documental¹, cualitativa, analítico-reflexiva, cuyo enfoque hermenéutico es el análisis de la prestación del servicio de salud que se suscita en el negocio jurídico de las Pólizas de Seguros de Salud.

La metodología de esta investigación es la hermenéutica interpretativa de Gadamer, consiste en interpretar conceptos jurídicos de tipo normativo en diferentes contextos que respondan al dinamismo de su vinculación y obligatoriedad en el ordenamiento jurídico (G.Vigo, 2002).

Este tipo de hermenéutica se caracteriza por las diferentes posibles formas de la experiencia de la verdad, entendida como *aletheia*, es decir, en términos esencialmente

¹ La investigación documental es un trabajo constitutivo donde la interpretación, la crítica y la argumentación racional, juegan un papel importante, ya que permite llevar a cabo inferencias y relaciones (Hoyos, 2010 citado por (Botero Bernal , 2015)

manifestativos y como acontece el sentido de la verdad (G.Vigo, 2002) . Para ello, requiere de una estructura de la comprensión (G.Vigo, 2002).

Gadamer parte explícitamente de algunos de los motivos básicos de la concepción de Heidegger², pero desarrolla una postura parcialmente diferente que permite establecer una propia estructura de comprensión (G.Vigo, 2002).

Según el autor la tensión estructural entre la proyección anticipada y enraizamiento en la facticidad históricamente determinada resulta constitutiva para la comprensión del texto o del concepto (G.Vigo, 2002); esto es posible siempre que un proceso de apropiación de sentido representa un carácter esencialmente mediado y finito (G.Vigo, 2002).

Este fenómeno es el círculo hermenéutico que básicamente surge cuando se lee un texto, se logra comprender solo en la medida en que volvemos hacia lo que se va leyendo desde el esbozo anticipativo (G.Vigo, 2002).

Pero el esbozo anticipativo solo resulta de la situación histórica y fácticamente determinada, en el cual el proceso de comprensión se encuentra siempre enraizado en un contexto histórico; en este espacio surgen preguntas de motivación inicial y los intereses con los que el lector se aproxima al texto (G.Vigo, 2002). La apropiación comprensiva consiste en que el factor irreductible de alteridad separa la perspectiva del lector de aquella que subyace a la producción del texto por parte del autor (G.Vigo, 2002).

Entonces, la estructura de comprensión de los conceptos normativos que se analiza en el contenido y alcance de la salud consiste en que la proyección anticipada se consolida en las diferentes concepciones sobre el concepto de salud cuya apropiación comprensiva, es

²Según Heidegger el carácter necesario mediado de toda posible forma de apropiación conlleva un doble aspecto. El primero hace alusión a que *comprender* involucra un momento de *proyección anticipada* de una cierta totalidad de significación, por referencia *a la cual y a partir de la cual* lo comprensivo se hace accesible en su sentido (G.Vigo, 2002).

El segundo aspecto establece que *la anticipación proyectiva* más allá de lo inmediatamente dado solo resulta posible a partir de un previo e indispensable *enraizamiento en facticidad y en la historia*

Estos dos aspectos permite que sea posible el carácter esencialmente comprensivo de todo modo de acceso a los entes y el mundo por parte del hombre, incluso en el plano de la actividad pre-reflexiva y antes de todo intento posible de elaboración teórica de la experiencia (G.Vigo, 2002).

decir, enraizamiento histórico, empieza con los instrumentos internacionales que desde su sistema de fuentes permite examinar la salud como derecho.

Posteriormente, se tendrá en cuenta la vinculación de su contenido normativo en el ordenamiento jurídico interno, para así diferenciar el tipo de cobertura que se reconoce en el SGSSS y en la actividad aseguradora. El resultado de este proceso hermenéutico sobre el condicionamiento del derecho dentro del negocio jurídico de las Pólizas de Seguro de Salud, el factor irreductible de alteridad es estudiar el tipo de servicio ofertado por el SGSSS y la aseguradora.

1. CAPITULO I: LA SALUD COMO DERECHO

1.1. Concepto de la salud

Existen dos conceptos³ de salud, cuya construcción de los mismos ha dado lugar a diferentes concepciones⁴ (Kornblit & Mendes, 2000) Las concepciones médicas comprende la bipolaridad de la salud-enfermedad que se han encargado de definir este proceso desde tres enfoques de la práctica profesional que son: somático fisiológica, psíquica y sanitaria.

La concepción somática fisiológica considera la salud como el bienestar del organismo físico (Kornblit & Mendes, 2000). La enfermedad es el proceso que altera dicho bienestar, es decir, existe salud si el organismo físico no posee alteraciones (Kornblit & Mendes, 2000).

La concepción psíquica reconoce la interacción entre el cuerpo y la psique en el organismo humano (Kornblit & Mendes, 2000). Esta concepción no restringe la experiencia de la salud a su aspecto orgánico, pero enfrenta problemas de conceptualización debido a la subjetividad e indeterminación de sus manifestaciones en comparación con las somáticas (Kornblit & Mendes, 2000).

³ El Concepto es una unidad cognitiva de significado (definicion.com, 2017). Es una idea abstracta, cuya construcción mental permite comprender las experiencias surgidas del entorno para exteriorizarlo en palabras. (definicion.com, 2017). Según Manuel Atienza el concepto es el elemento que otorga una definición. Se interpreta de distintas maneras acorde a un contexto social y cultural que genera conceptos ambiguos, subjetivos, objetivos, etc. (Atienza, 2006)

⁴ Las concepciones son formas de entender las interpretaciones de un concepto que responden a las necesidades lingüísticas de un determinado contexto (Atienza, 2006)

La concepción sanitaria se refiere a la salud pública que desarrolla estudios metodológicos y epidemiológicos de los grupos poblacionales (Kornblit & Mendes, 2000). Desde el carácter colectivo del proceso salud-enfermedad permite establecer un esquema político y económico de prevención, tratamiento y rehabilitación (Kornblit & Mendes, 2000).

Por lo tanto, identificar problemas de salud requiere entender que el medio ambiente es un factor tangencial que involucra condiciones individuales de salud como la edad, sexo y la adscripción de las personas a determinados grupos sociales de residencia, trabajo, etc. (Kornblit & Mendes, 2000).

Las concepciones sociales hace referencia a los perspectivas político-legal y económico de la salud (Kornblit & Mendes, 2000). La concepción político legal considera a la salud como un bien general que involucra a la comunidad, este bien al ser titulado por el ordenamiento jurídico de un Estado, se convierte en un derecho exigible por todas las personas, cuya protección y reconocimiento corresponde correlativamente el deber y la obligación de mantenerla (Kornblit & Mendes, 2000).

La concepción económica se centra en la eficiencia del factor humano en los procesos productivos (Kornblit & Mendes, 2000). Estas concepciones en su integración con el proceso individual y biológico del proceso salud-enfermedad, han tenido una gran trayectoria disciplinaria en el concepto de salud pública (Kornblit & Mendes, 2000).

El concepto de salud pública históricamente ha tenido cinco concepciones a saber: la primera equipara lo público con la asignación presupuestal (Frenk, definición de salud pública, 2016); la segunda, es un significado más amplio que no solo incluye la participación del Estado sino de la comunidad organizada (Frenk, definición de salud pública, 2016).

La tercera define la salud pública con los llamados servicios no personales de salud, los cuales no son apropiables para el individuo en específico como son el medio ambiente, el saneamiento y la educación colectiva en la salud. (Frenk, definición de salud pública, 2016).

La cuarta hace referencia a la apropiación de la colectividad de los bienes públicos en salud, es decir, añaden una serie de servicios de naturaleza preventiva dirigidos a grupos vulnerables (Frenk, definición de salud pública, 2016). Por último, una definición que no

utiliza lenguaje técnico hace alusión a los padecimientos de alta frecuencia o peligrosidad que solo le compete al sector público (Frenk, definición de salud pública, 2016).

Así pues, un concepto integral de salud pública establece que lo público no significa un conjunto de servicios en particular ni una forma de propiedad, tampoco un tipo de problema, sino un nivel específico de análisis a un problema de nivel poblacional (Frenk, definición de salud pública, 2016).

A diferencia de la medicina clínica que funciona a un nivel individual y la investigación biomédica que analiza el nivel sub-individual, la esencia de la salud pública consiste en adoptar una perspectiva basada en grupos o poblaciones (Frenk, definición de salud pública, 2016).

A partir de las concepciones anteriormente dadas se consolida un concepto biológico y social de salud. El primero entiende la salud como un recurso para la vida pero no es un objetivo de vida, es decir, estar sano es la capacidad para mantener un estado de equilibrio apropiado a la edad y las necesidades sociales, que abarca factores como la nutrición, la fecundidad y los estilos de vida (Frenk, definición de salud pública, 2016).

Sin embargo, estos factores son multicausales con el concepto social de salud, en el entendido en que el medio ambiente, formas de organización social, la estructura económica, el nivel de democracia, el grado de urbanización, las condiciones materiales de existencia y la escolaridad son determinantes para establecer un sistema de atención en salud (Frenk, definición de salud pública, 2016).

A partir de estos conceptos se entra a examinar la salud como derecho desde su contenido y alcance en el sistema de fuentes del derecho internacional, para ello es necesario entender en qué consisten las fuentes de este derecho y su carácter vinculatorio en el ordenamiento jurídico.

1.2.Derecho internacional

Las normas del Derecho Internacional son las convenciones internacionales, sean generales o particulares que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada

como derecho y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas⁵ (Corte Internacional de Justicia , 1945).

De acuerdo a lo anterior, la jerarquía de las fuentes del derecho internacional comprende los tratados vigentes entre los Estados contratantes, las reglas del derecho consuetudinario y los principios generales del derecho (Herdegen, Capítulo III Fuentes del derecho internacional, 2005).

Cabe resaltar que los Estados mediante un acuerdo pueden separarse del derecho internacional consuetudinario, a excepción del derecho obligatorio que hace parte del *Ius cogens*⁶ que tiene siempre prevalencia sobre los tratados (Herdegen, Capítulo III Fuentes del derecho internacional, 2005).

Un tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre los Estados y regido por el derecho internacional, puede pactarse en un instrumento único o dos instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (Convención de Viena, 1969). Su carácter vinculatorio versa en que el objeto del tratado sea la reglamentación de los deberes de actuación o de omisión (Herdegen, Capítulo III Fuentes del derecho internacional, 2005)

Se diferencian de las declaraciones comunes que de conformidad con la voluntad de los Estados carecen de fuerza vinculante (Herdegen, Capítulo III Fuentes del derecho internacional, 2005) . La Corte Internacional de Justicia establece que el carácter vinculante de la voluntad de los Estados subyace en un elemento objetivo y subjetivo.

El primero se orienta en el texto legitimado por las partes, así como el desarrollo de los acontecimientos externos (Herdegen, Capítulo III Fuentes del derecho internacional, 2005); mientras que el segundo es la intención de los respectivos representantes (Herdegen, Capítulo III Fuentes del derecho internacional, 2005).

⁵ Por lo tanto, son fuentes propias del derecho internacional, según el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia las convenciones, la costumbre internacional y los principios generales del derecho (Herdegen, Capítulo III Fuentes del derecho internacional, 2005).

⁶ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados define el *Ius Congens* como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto, estas no pueden ser derogadas, salvo otra norma del mismo rango. Cualquier tratado internacional contrario al *Ius Congens* es nulo (Convención de Viena derecho de los tratados, 1969)

Las reglas sobre la entrada en vigencia y los efectos legales de los tratados internacionales se sustentan en los principios de *Pacta Sunt Servanda*, libre consentimiento y buena fe (Herdegen, Capítulo III Fuentes del derecho internacional, 2005).

El principio de *Pacta Sunt Servanda* etimológicamente significa los “pactos son para cumplirlos”, se encuentra regulado en el preámbulo y en el artículo 26 de la Convención de Viena. El principio de libre consentimiento es la voluntad de los Estados para obligarse sobre un tratado ratificado en el ordenamiento jurídico (Convención de Viena derecho de los tratados, 1969) .

El principio de buena fe es una regla de interpretación conforme al sentido corriente que haya atribuirse a los términos del tratado, es decir, en su respectivo contexto⁷ teniendo en cuenta su objeto y finalidad (Convencion de Viena, 1969) .

El derecho Consuetudinario también contempla un elemento objetivo y subjetivo. El primero como una expresión de una práctica generalmente aceptada como ley, es decir, preceptos legales que se consolida en una práctica general (*consuetudo*) (Corte Internacional de Justicia , 1945). El segundo se refiere al reconocimiento legal de la práctica (*opinio iuris*) (Corte Internacional de Justicia , 1945).

Una práctica generalmente aceptada por los Estados requiere de una convicción legal claramente sostenida, en otras palabras, es el intercambio entre el elemento de la práctica y la convicción legal (Herdegen, Capítulo III Fuentes del derecho internacional, 2005). Para evitar problemas que se susciten sobre dicha práctica, es necesario que se lleve a cabo en un lapso adecuado que permitan su espontaneidad y frecuente ocurrencia, elementos indispensables en el dinamismo derecho consuetudinario (Herdegen, Capítulo III Fuentes del derecho internacional, 2005).

Los principios generales del derecho internacional son preceptos legales que complementan las normas del derecho convencional y consuetudinario (Herdegen, Principios

⁷ De acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena para efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá además del texto, incluido su preámbulo y sus anexos

- a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

generales del derecho, 2005). La interpretación de la noción de las “*naciones civilizadas*” se caracteriza por reconocer una visión general de aquellos ordenamientos jurídicos que han alcanzado un cierto desarrollo, en los que se reflejan los valores fundamentales de la comunidad de los Estados modernos (Herdegen, Principios generales del derecho, 2005).

La Carta de las Naciones Unidas reconoce los principios de libre determinación de los pueblos y soberanía, los cuales permiten un entrelazamiento entre el ordenamiento jurídico de un Estado y el derecho internacional (Herdegen, Principios generales del derecho, 2005).

El primero consiste en el pueblo de una colonia o territorio dependiente⁸ decide sobre su futura condición de su país⁹ (Carta de las Naciones Unidas, 1945). Tal definición no se limita a los procesos de descolonización (Herdegen, Capítulo VII Principios Fundamentales de las relaciones internacionales, 2005). Básicamente es el derecho a establecer libremente su condición política y proveer asimismo su desarrollo económico, social y cultural (Herdegen, capítulo VII principios fundamentales de las relaciones internacionales, 2005).

■ El principio de soberanía comprende los siguientes elementos: igualdad jurídica; cada Estado goza de derechos inherentes a la plena soberanía; tienen el deber de respetar la personalidad de los demás Estados; son inviolables la integridad territorial y la independencia política; cada Estado tiene el derecho a elegir y llevar a cabo su sistema político, social, económico y cultural; finalmente, cada Estado tiene el deber de cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales¹⁰ (Herdegen, Capítulo VII Principios Fundamentales de las relaciones internacionales, 2005).

⁸ La carta define territorio no autónomo como aquel cuyo pueblo todavía no alcanzado un nivel pleno de autogobierno (Carta de las Naciones Unidas , 1946)

⁹ Se conoce como descolonización el proceso mediante el cual los territorios ejercieron su derecho a la libre determinación de los pueblos. Los principios de descolonización se encuentran en la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales de 1960 (Carta de las Naciones Unidas , 1946). La Organización de las Naciones Unidas (ONU) por medio del comité especial de descolonización supervisa y examina la aplicabilidad de la declaración a los territorios no autónomos que tienen potencias administradoras. Entre sus funciones esta seguir los acontecimientos políticos, económicos sobre estos territorios.

¹⁰ Existen principios de carácter subsidiario como el de continuidad del Estado; respeto a la independencia de los Estados; primacía del tratado internacional sobre la ley interna; regla de agotamiento de los recursos internos; respeto de la cosa juzgada; derechos adquiridos y excepción de la litispendencia (Benave Fernandez del Valle, 2010).

Por lo tanto, los Estados a la hora de ratificar tratados internacionales y de acogerse a las normas que hacen parte de derecho consuetudinario, limita en el plano del derecho internacional, su poder soberano para proteger a los individuos o determinados grupos (Herdegen, Principios generales del derecho, 2005).

En lo que concierne a los principios generales del derecho en su forma y modo de realización, afecta los estándares de los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno (Herdegen, Principios generales del derecho, 2005)

La obligatoriedad de las declaraciones y algunas resoluciones de la Asamblea General y de órganos representativos de organizaciones internacionales, son de difícil delimitación en el ordenamiento jurídico de los Estados (Herdegen, Producción jurídica a través de las Organizaciones Internacionales , 2005). Este fenómeno se conoce como *soft law* que consiste en esclarecer la zona gris entre la proclamación sin fuerza vinculante y la determinación con fuerza vinculantes (Herdegen, Producción jurídica a través de las Organizaciones Internacionales , 2005).

El concepto de *soft law* representan una dificultad jurídica para su vinculación en el ordenamiento jurídico, en los que no existe una clara voluntad jurídica de otorgarle carácter obligatorio que conlleva a clasificarlos en el derecho consuetudinario o la concreción de un principio general (Herdegen, Capítulo III Fuentes del derecho internacional, 2005). En la actualidad estas resoluciones se relacionan con estándares de comportamiento, para las organizaciones internacionales son una “buena práctica” (Herdegen, Producción jurídica a través de las Organizaciones Internacionales , 2005).

El carácter vinculatorio de los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho requieren de una técnica jurídica, esta es entendida como un conjunto de reglas aptas para dirigir eficazmente una actividad jurídica (Benave Fernandez del Valle, 2010). En términos filosóficos de Oswald Spengler es un valor instrumental pero no es el valor supremo (Benave Fernandez del Valle, 2010).

Se concluye que son vinculantes para los Estados los tratados internacionales en materia de derechos humanos, su obligatoriedad en el ordenamiento jurídico es posible con

el principio de *pacta Sunt Servanda*, que expresan su voluntad delimitar en la comunidad internacional su poder soberano para reconocer y proteger determinados derechos.

La ratificación de los tratados opera en la autodeterminación que ostenta los Estados para establecer un sistema político, social y económico a la hora de garantizar la forma y el modo de realización de los derechos humanos. Las declaraciones no son vinculantes, pero consagran principios de carácter obligatorio que acogen los Estados, para llevar a cabo obligaciones progresivas o de inmediato cumplimiento que exigen los derechos en su núcleo esencial.

Hacen parte del derecho consuetudinario los conceptos, recomendaciones y resoluciones expedidos por organismo internacionales autorizados, sus criterios de interpretación de los tratados internacionales son obligatorias en la medida que hagan parte del *Ius Cogens*. Distinto del *soft law* que son las conferencias de las Naciones Unidas que dan lugar a documentos de política no vinculante para los Estados.

1.2.1. La salud en el derecho internacional

El inciso primero del artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece que *los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Además, es un derecho fundamental e indispensable que está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos como la alimentación, trabajo, educación, la vida, la dignidad humana, la no discriminación, la igualdad, a no ser sometidos a torturas, a la vida privada, el acceso a la información y el derecho de circulación (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

Es un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable, a condiciones sanitarias adecuadas y un medio ambiente sano. Tiene en cuenta la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

En el sistema regional, el Protocolo Adicional a la Convención Americana (Protocolo de San Salvador de 1988) en el artículo 10 entiende el derecho a la salud como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Para hacer efectivo este derecho la convención exige que los Estados se compromete a reconocer la salud como un bien público y particularmente adoptar medidas en la atención primaria en salud, que este alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad.

En el derecho consuetudinario de carácter general, el artículo 25 de la Declaración Universal de los derechos Humanos reconoce un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, en especial la alimentación, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. En el sistema regional el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre consagra el derecho de toda persona a la preservación de la salud y al bienestar.

Esta declaración tiene en cuenta las posibilidades económicas de los Estados para garantizar factores determinantes de la salud como la alimentación y la vivienda. La carta de Ottawa establece que los prerrequisitos para alcanzar la salud son la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad (Organización Mundial de la Salud , 1986).

La interpretación del más alto nivel de salud tiene en cuenta las condiciones biológicas, socioeconómicas esenciales de la persona y los recursos con que cuenta el Estado (Organización Mundial de la Salud , 1986). Para alcanzar un estado de bienestar físico, mental, y social un individuo o grupo debe ser capaz de identificar y realizar sus aspiraciones (Organización Mundial de la Salud , 1986).

Sin embargo, existen varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en otras palabras, un Estado no puede garantizar la buena salud, ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

El más alto nivel posible de salud comprende la concepción de calidad de vida en materia de asistencia médica sanitaria (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho

asimétrico, 2010). Cada contexto cultural, social, ambiental o económico que introduce un nivel diferente de posibilidad en salud, genera una asimetría en la garantía del derecho a la vida (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010).

La diferencia entre lo ideal y posible requiere reflexionar la relación entre *Legal Rights* y *Moral Rights*, para evitar que los derechos sociales sean considerados como meras expectativas prestacionales (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010). Los *Legal Rights* son aquellos derechos "justiciables" que permiten a la persona recurrir a los tribunales para asegurar su protección y respeto (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010).

En cambio, los *Moral Rights* no son producto de la legislación de una comunidad y ante tal calidad puede ser invocada incluso frente a una ley o una práctica que se le oponga (Semplici, el "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010).

De acuerdo a tal distinción, es necesario tener en cuenta el aporte de Kant sobre la fundamentación metafísica de las costumbres que permite distinguir entre los deberes imperfectos y perfectos (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010).

Los deberes perfectos imponen una obligación estricta (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010). Los imperfectos expresan un vínculo dinámico a la promoción de los fines esenciales de la humanidad (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010)

Estos deberes son una obligación amplia que pretende operar activamente para prescribir una orientación de una acción específica (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010). Se trata de una suma de deberes que desarrolla el principio de solidaridad, cuya finalidad es disminuir las desigualdades entre las personas (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010).

Existen dos formas de minimización del derecho a la hora de determinar el nivel de salud que son: el *Golden Standard* y el *Double Standard* (Semplici, el "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010). Estas dos formas son utilizadas en materia sanitaria para definir e identificar la calidad de vida del paciente entre el nivel deseado y posible en salud (Semplici, el "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010).

Para ello, los factores personales y sociales contribuyen a la toma de decisiones en la asignación de los recursos y la efectividad de la calidad del servicio (Semplici, el "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010).

El *Golden Standard* (GS) es una prueba de diagnóstico para estudiar una determinada enfermedad o evento de interés en términos de sensibilidad, especificidad y valores predictivos (Pascuzzo-Lima, 2013). Es un test diagnóstico útil para diferenciar dos o más condiciones que de otro modo podrían ser confundidas (Pascuzzo-Lima, 2013); en palabras más sencillas, distingue los tipos de enfermedad o condiciones clínicas, así como la condición de sano y enfermo (Salech, Mery, Larrondo, & Rada, 2008).

El rendimiento de todo test diagnóstico requiere la comparación de un Gold Standard¹¹, estándar de oro u patrón de referencia; su técnica de diagnóstico permite establecer la condición del paciente con la máxima certeza conocida (Salech, Mery, Larrondo, & Rada, 2008). Los valores posibles de un test diagnóstico son binarios o dicotómicos, generalmente positivo o negativo¹² (Salech, Mery, Larrondo, & Rada, 2008).

Algunos valores expresan resultados categóricos como alta, moderada y baja probabilidad¹³; mientras que otros entregan resultados continuos¹⁴. Estos resultados pueden transformarse en datos binarios si se establece un punto de corte a partir del cual se consideran positivos o negativos (Salech, Mery, Larrondo, & Rada, 2008).

El cálculo de sensibilidad es la probabilidad para clasificar concretamente a un individuo enfermo, básicamente es la capacidad del test para detectar una enfermedad¹⁵ (Pascuzzo-Lima, 2013); también se define como la razón entre los individuos que tienen un

¹¹ Es importante tener en cuenta que al comparar un test de diagnóstico con un GS se puede obtener cuatro combinaciones si los resultados del test se expresan de forma binaria (Salech, Mery, Larrondo, & Rada, 2008); verdadero positivo si el resultado del GS es positivo; verdadero negativo si el GS es negativo; falso positivo si el resultado del GS es negativo y falso negativo si el resultado GS es positivo (Salech, Mery, Larrondo, & Rada, 2008).

¹² Por ejemplo el test de pack de embarazo (Salech, Mery, Larrondo, & Rada, 2008)

¹³ Por ejemplo de un de un cintigrama V/Q

¹⁴ Exámenes de glicemia, colesterol, hemoglobina

¹⁵ La sensibilidad permite responder que tan bueno es el test para detectar posibles enfermos; si un test es muy sensible, un resultado negativo descarta la enfermedad (Salech, Mery, Larrondo, & Rada, 2008). En palabras más concretas, si a un paciente se le aplica un examen altamente sensible, en caso de que el resultado sea negativo, se descarta razonablemente la enfermedad (Salech, Mery, Larrondo, & Rada, 2008).

resultado del test positivo y aquellos que tienen la condición o enfermedad de interés (Salech, Mery , Larrondo, & Rada, 2008).

La especificidad permite evidenciar que tan bueno o eficaz es el test a la hora de excluir a los pacientes sanos y confirmar la enfermedad (Salech, Mery , Larrondo, & Rada, 2008). Para que un estudio sea confiable, el grado de especificidad requiere que el test sea utilizado tanto en personas que se quiere diagnosticar una enfermedad como aquellas que no la padecen (Pascuzzo-Lima, 2013).

Para evitar falsos resultados a la hora de determinar los diferentes grados de la enfermedad¹⁶, es necesario verificar que se incluyan todas las formas clínicas de los pacientes estudiados (Salech, Mery , Larrondo, & Rada, 2008); en razón a que un método, procedimiento o fármaco puedan marcar la diferencia entre las formas leves y avanzadas de la enfermedad, o en su defecto, ser capaz de detectar su estado avanzado mas no su estado incipiente (Salech, Mery , Larrondo, & Rada, 2008).

Los valores predictivos a diferencia de la sensibilidad y especificidad ofrecen información clínica relevante, es decir, permite evidenciar la probabilidad de que la condición este o no presente en el resultado del test (Salech, Mery , Larrondo, & Rada, 2008).

Estos valores varían enormemente dependiendo de la prevalencia o riesgo base de la condición, así que no se podrían aplicar estos valores en caso de que un paciente tenga un riesgo mayor o menor del límite establecido en el grupo de estudio (Salech, Mery , Larrondo, & Rada, 2008).

En otras palabras, la sensibilidad y especificidad no varían con la prevalencia de la condición pero no otorgan la probabilidad de que un paciente padezca la enfermedad de interés (Salech, Mery , Larrondo, & Rada, 2008). Los valores predictivos en cambio permiten evidenciar dicha probabilidad, pero varía dependiendo enormemente de la prevalencia de la condición (Salech, Mery , Larrondo, & Rada, 2008).

¹⁶ Se debe verificar que la prueba GS sea aplicada de forma independiente a todos los participantes, para evitar el sesgo clínico en los resultados obtenidos del test a la hora de diagnosticar una enfermedad (Pascuzzo-Lima, 2013). Por lo tanto, es recomendable que los analistas se mantengan al margen del conjunto de resultados corresponde a cada prueba. (Pascuzzo-Lima, 2013).

El *Double Standard* hace referencia aquello que vale más para algunos no tiene la misma relevancia para otros, en lo que concierne al ejercicio del derecho desde un punto de vista biológico (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010). Esencialmente es una medida de racionalización sobre las intervenciones previstas en los protocolos terapéuticos consolidados (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010).

En el ámbito de la política sanitaria consiste en definir prioridades¹⁷ entre pacientes que padecen enfermedades graves de aquellos que solo tienen problemas leves, tal distinción permite que la calidad sea un elemento relevante para la solución de problemas de asignación de recursos (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010).

La salud física es aquel bienestar del cuerpo y el óptimo funcionamiento del organismo de los individuos (Egger, Binns, Rossner, & Sagner , 2017) ; es una condición general de las personas que se encuentran en buen estado físico, mental, emocional y que no padece ningún tipo de enfermedad (Egger, Binns, Rossner, & Sagner , 2017).

Las personas que se encuentran en óptimas condiciones de salud física pueden realizar diversas actividades, fomentar el bienestar y seguir desarrollando habilidades en pro de su salud general (Egger, Binns, Rossner, & Sagner , 2017).

Además contempla los análisis o estudios relacionados con la alimentación y la nutrición, la prevención de enfermedades o afecciones que preexisten en el ciclo de vida del ser humano (de Courten , de Courten , Egger, & Sagner , 2017); también comprende la actividad física a realizar e incluso la educación juega un papel importante acerca de cómo mantener un estado de vida saludable (Climstein & Egger, 2017).

Se considera que un individuo goza de buena salud cuando su cuerpo goza de solidez y carece de enfermedades que involucra el estado de salud física y emocional (McHenry

¹⁷ No obstante, genera rivalidad la escala de prioridades entre pacientes (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010). Es necesario acudir a un estándar de calidad, para asegurar a cada individuo el derecho a ser tratado y no se reduzca sustancialmente su esperanza de vida respecto a otra persona que se encuentra en la misma condición de calidad (Semplici, El "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico, 2010)

Anwar, Donovan , & Egger , 2017). Sin embargo, puede verse afectada de diferentes maneras dependiendo del estilo de vida de cada individuo, el entorno en donde vive o trabaja, la genética que posea, el tipo de asesoramiento y aseguramiento en salud (McHenry Anwar, Donovan , & Egger , 2017).

La salud mental es el bienestar y el equilibrio que debe tener una persona en su aspecto psíquico, emocional y social (McHenry Anwar, Donovan , & Egger , 2017); está asociada al raciocinio de una persona, a sus emociones y la forma como las controla y externaliza (McHenry Anwar, Donovan , & Egger , 2017).

El incentivo de la salud mental permite obtener una imagen positiva de nosotros mismos, cuyo estado de equilibrio se centra entre la persona y su entorno socio-cultural (McHenry Anwar, Donovan , & Egger , 2017). Tal equilibrio involucra el nivel de calidad de vida individuo frente al contexto en el que interactúa (McHenry Anwar, Donovan , & Egger , 2017).

El concepto de la salud mental es dinámico que tiene en cuenta las condiciones de vida de las personas, los avances científicos y el contexto social y cultural (McHenry Anwar, Donovan , & Egger , 2017); este concepto varía dependiendo de las fluctuaciones de estos factores, en respuesta a las necesidades del individuo por optimizar su existencia en la comunicación y las relaciones de tipo familiar y social (McHenry Anwar, Donovan , & Egger , 2017).

En la noción del más alto nivel de salud prevalece el concepto social sobre el biológico, en virtud de que las formas de minimización del derecho desde el enfoque biológico del proceso salud-salud enfermedad, consolida una visión social de la practica medica que incluye sus formas de organización asistencial a la hora de garantizar el derecho a la salud.

La salud física como aquel bienestar del cuerpo y el óptimo funcionamiento del organismo, desarrolla el concepto biológico, es decir, es una condición biológica objetivamente verificable, que tiene en cuenta el nivel de funcionamiento del organismo en su contexto a partir de la variabilidad del ciclo de vida, especialmente componentes ligados al sexo y a la edad.

En lo que concierne a la de salud mental, se evidencia una interrelación entre los concepto biológico y social, que involucra el grado de solidaridad a la hora de garantizar el derecho a la salud en su máxima expresión, en términos de definir el estándar de “normalidad” en la calidad de atención y el límite de la autonomía en el ejercicio de dicho derecho.

En consecuencia, la salud mental entendida como el bienestar y el equilibrio de una persona en su aspecto psíquico, emocional y social, considera de vital importancia la capacidad del individuo de perseguir sus propios fines, realizando aquello que es importante en materia de salud para su proyecto de vida.

Fundamentar los derechos es otorgar un conjunto de razones de contenido moral, es decir, considerarlos derechos morales que abarquen su vertiente ética y jurídica, los cuales resultan primordiales para su reconocimiento y eficaz tutela (Rodríguez Gaona , 2013). El fundamento moral de un derecho es susceptible de variadas interpretaciones para su justificación¹⁸ (Rodríguez Gaona , 2013)

La justificación de la fundamentación puede ser iusnaturalista, hace referencia a la existencia de un derecho natural que reconoce unos principios supra positivos que son expresión de la naturaleza humana (Rodríguez Gaona , 2013); también puede ser historicista,

¹⁸ La Fundamentación intersubjetivista de Antonio Pérez Luño plantea desde un enfoque iusnaturalista, reconocer unos derechos básicos en un sistema jurídico que tenga en cuenta su sentido deóntico, funcional y abierto. Dicho enfoque establece que los derechos humanos sean valores éticos que se derivan en un discurso racional y consensual (Rodríguez Gaona , 2013).

La fundamentación objetivista de Antonio Fernando Galeano reconoce dos ordenamientos jurídicos en los que se encuentran inmersos los derechos humanos. El primero es meta jurídica, en el cual según la doctrina iusnaturalista, desarrolla el origen ético de los derechos. El segundo es jurídico positivo, que vincula los derechos sin ningún tipo de condicionamiento legal (Rodríguez Gaona , 2013).

El modelo integral de Gregorio Pérez Barba Martínez consiste en la comprensión de los derechos para afrontar los problemas del fundamento y del concepto; el fundamento se encuentra en la dimensión ética y el concepto en la dimensión jurídica. Por lo tanto, el fundamento implica aquellas razones morales que derivan de la dignidad y que son condiciones sociales para la realización de la misma (Rodríguez Gaona , 2013) .

Finalmente, la relación de los derechos humanos con la fundamentación postmoderna tiene diferentes escenarios que son: la perspectiva pragmática, el paradigma del pluralismo jurídico, la contextualización de los derechos y la relación del individuo con la comunidad (Rodríguez Gaona , 2013).

establece que los derechos son variables y relativos a cada contexto histórico en el que el hombre interactúa de acuerdo con el desarrollo de una sociedad (Rodríguez Gaona , 2013).

Igualmente puede ser ética que parte de la tesis en que los derechos nunca pueden ser jurídicos sino que son previos, en otras palabras, el derecho positivo no crea los derechos humanos, sino que dado valor axiológico requieren plena efectividad en el ordenamiento jurídico (Rodríguez Gaona , 2013).

Los derechos humanos lo son sin necesidad de reconocimiento e incorporación en un sistema positivo (Rodríguez Gaona , 2013); pero la fundamentalidad requiere de un sistema depuratorio en los derechos morales que tengan que ver estrechamente con la idea de dignidad humana, aunque no sea la única fundamentación ética para todos los derechos, es la más afín con este concepto (Rodríguez Gaona , 2013).

La fundamentalidad del derecho a la salud desde la dignidad humana tiene mayor relevancia en el concepto biológico. Su contenido moral resalta la importancia de preservar la existencia humana en las actividades de prevención, promoción y protección desde un enfoque integral que incluye los entornos físicos y sociales.

Asimismo, el valor ético de la salud recae en la facultad del ser humano para mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental. Tal facultad prevalece sobre la faceta prestacional en caso de surgir perturbación orgánica y funcional que requiere la demanda de la prestación del servicio.

El derecho a la alimentación conlleva a que toda persona tenga acceso físico y económico, tanto a los alimentos como a sus medios de obtención (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 1999). Este derecho no debe interpretarse de forma restrictiva con la asimilación de un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 1999).

Su contenido básico comprende en primer lugar la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad, suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos; en segundo lugar, no tengan ningún tipo de sustancias nocivas y en tercer lugar, sean aceptables culturalmente (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 1999).

La adecuabilidad del derecho implica no solo la cantidad sino la calidad de la alimentación en los diferentes ciclos de vida; teniendo en cuenta el respeto por los patrones culturales, sociales y étnicos de la persona (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 1999).

La disponibilidad y accesibilidad tanto física y económica, exige que la obtención de alimentos sea sostenible, no dificulte otros derechos y debe satisfacerse las necesidades alimentarias y nutricionales de los individuos (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 1999). De tal forma que garanticen su crecimiento y desarrollo de actividades cotidianas (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 1999) .

La sostenibilidad está íntimamente vinculada con el concepto de seguridad alimentaria, consiste en que la ingesta de alimentos diarios debe poseer todos los requerimientos nutricionales, tanto cuantitativos que hace referencia al contenido energético, como a los cualitativos que son las proteínas, vitaminas y contenido mineral (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 1999).

Por lo tanto, ser titular del derecho involucra la posibilidad de tener acceso a la alimentación adecuada en cantidad y calidad suficientes, su acceso no se restrinja solamente a la indigesta, sino que su satisfacción tenga en cuenta la dinámica cotidiana de la provisión de nutrientes adecuados en el ciclo de vida (Pautassi, 2016).

La relación de este derecho con la salud desde su concepto social tiene que ver con la seguridad alimentaria, es decir, proteger las prácticas tradicionales de producción y distribución a partir de los principios de soberanía y autonomía, para incentivar su consumo a favor de la economía rural.

En cambio, la relación desde el concepto biológico de salud versa en el factor nutricional de la alimentación, básicamente es el proceso mediante el cual el organismo asimila los nutrientes ingeridos y la energía necesaria para llevar a cabo funciones vitales de los individuos.

El trabajo es una actividad inherente a la naturaleza humana que involucra la promoción de la salud y el bienestar individual y colectivo (Arango-Soler, Luna-García, Correa-Moreno, & Campos, 2013). Como derecho comprende la oportunidad de ganarse la

vida mediante un trabajo libremente escogido y aceptado (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2005).

Su plena efectividad se caracteriza por adoptar medidas de orientación y formación, técnico profesional, preparación de programas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo social y cultural (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2005); también consiste en la ocupación efectiva de condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2005).

Escenarios insalubres representan peligros que configuran accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Arango-Soler, Luna-García, Correa-Moreno, & Campos, 2013). Dada la importancia social que tienen los riesgos laborales, más allá de la higiene del trabajo, surge la salud ocupacional, que se encarga del estado de las personas en la realización de actividades laborales, con la finalidad de que el trabajo como derecho y obligación social auspicien el bienestar colectivo (Arango-Soler, Luna-García, Correa-Moreno, & Campos, 2013).

El trabajo como una actividad humana comunitaria que promueve el bienestar individual y colectivo, su relación con el derecho a la salud, versa en el concepto social del mismo, en el entendido en que el desempeño de actividades laborales, requiere el aseguramiento de la integridad tanto física como psicológica del trabajador, contra la configuración de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para realizar otros derechos humanos, entre ellos, la autonomía de la persona, orientando su aprendizaje hacia el pleno desarrollo sus capacidades (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales , 1999) Además, es el principal medio que permite a menores y marginados económicos y socialmente salir de la pobreza (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales , 1999).

En materia de salud exige un enfoque más integrado en los centros educativos y una acción intersectorial coordinadas en la prestación del servicio de salud (UNESCO , 2016). La declaración de Incheon establece que la educación de calidad, como resultado central del

incentivo de la salud conlleva a *“propicia el desarrollo de las competencias, los valores y las actitudes que permiten a los ciudadanos llevar vidas saludables y plenas, tomar decisiones con conocimiento de causa y responder a los desafíos locales y mundiales”* (UNESCO, 2015).

Este derecho está estrechamente vinculado con los resultados y factores determinantes en salud, los comportamientos que inciden en su desarrollo, los contextos de riesgo y el uso de servicios de prevención (UNESCO, 2015). Una educación eficaz consiste en el desarrollo de competencias en diferentes sectores de la salud como la nutrición, la sexualidad, salud mental, etc. (UNESCO, 2015).

La educación desde el concepto biológico de salud tiene que ver con la toma de decisiones sobre el estilo de vida y comportamientos saludables, tales decisiones auspician mayor conocimiento sobre medidas preventivas y demandar servicios específicos de atención y rehabilitación en salud que sean de mayor calidad y eficiencia.

Sin embargo, el incentivo de tales decisiones responden al carácter prestacional del derecho a la salud, en el entendido en que el aprendizaje sobre medidas de prevención y promoción en salud, tenga prevalencia el interés económico de las farmacéuticas y los oferentes de la atención médica que tienen mayor conocimiento sobre el estado funcional del organismo del ser humano.

El derecho a la vida se fundamenta en dos aspectos; en primer lugar, como derecho supone una obligación tanto negativa como positiva, es decir, el derecho a no ser privado de la vida y el derecho a reclamar lo mínimo indispensable (Thomson, 1980, citado por (Zuñiga Fajuri , 2011); en segundo lugar, tiene una interpretación más amplia, no solo incluye el derecho a recibir protección por parte del Estado, sino que supone el derecho a que nadie atente contra la vida de la persona. (Thomson, 1980, citado por (Zuñiga Fajuri , 2011)

Este derecho admite en su ejercicio y protección excepciones como legítima defensa y el derecho a morir dignamente, de manera tal que el derecho se caracteriza a que nadie nos prive arbitraria o injustamente de la vida (Thomson, 1980, citado por (Zuñiga Fajuri , 2011).

Su relación con la salud desde el concepto biológico tiene que ver con el mínimo indispensable para poder vivir, en otras palabras, no significa la facultad de impedir la

privación de la vida, sino que concurren un conjunto de condiciones laborales, sociales, económicas, asistenciales y sanitarias que hagan factible el mantenimiento de la existencia dentro del nivel propio de la dignidad humana.

La dignidad humana está vinculada con la autonomía, es decir, la persona es digna en la medida en que es autónoma, la adquiere cuando tiene la libertad de elegir su destino y nadie lo elige por ella (Gaviria, 2007). Su relación con el derecho a la salud consiste en la humanización de la prestación del servicio, cuyo concepto desde el punto de vista hermenéutico, significa que la reorganización de las prácticas de salud y las tecnologías en sus medios y fines, estén acorde con la realización de valores humanos (Correa Zambrano, 2016).

Los profesionales de la salud deben orientar su conocimiento de forma sensible y ética al acto de cuidado, reconociendo la dignidad humana y ofreciendo una óptima atención, comunicación e información a los pacientes y demás actores involucrados en la prestación del servicio (Correa Zambrano, 2016).

Además, implica un juicio de valor y un proceso dinámico y participativo en la identificación de necesidades, que permitan dar una debida prioridad en su intervención médica (Correa Zambrano, 2016); con la finalidad de promover la vida que garantice al paciente desarrollar sus potencialidades individuales y colectivas (Correa Zambrano, 2016).

La dignidad humana juega un papel importante en el concepto biológico de salud, puesto que solo le competen a las personas en el ejercicio de su autonomía, decidir qué tipo de tratamiento preventivo, curativo o rehabilitación someterse cuando acuden a la prestación del servicio de salud. También tiene que ver con la decisión de llevar a cabo la propensión individual a una afección y la adopción de medidas de estilos de vida malsanos o arriesgados.

El PIDESC prohíbe toda forma de discriminación en lo referente al acceso y atención de la salud, de igual forma, en sus factores determinantes básicos y los derechos para conseguirlos; también prácticas discriminatorias que tengan por objeto o resultado la invalidación o menoscabo en el reconocimiento y protección de este derecho (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

Dicha prohibición constata la interrelación entre en los conceptos biológico y social de salud que se vinculan en el acceso del servicio. La organización de un sistema de salud que responda a las necesidades del proceso salud-enfermedad a partir de la diversidad socio-cultural de los grupos poblacionales.

Los programas destinados a eliminar la discriminación de la salud debe tener en cuenta sus consecuencias financieras a la promulgación, modificación o revocación de leyes o difusión de la información (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000). En caso de limitaciones graves de recursos, es procedente proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

El derecho a no ser sometido a torturas resalta el enfoque ético del tratamiento a la salud desde el concepto biológico. Los principios deónticos aplicables al personal de salud, especialmente los médicos que tratan a personas detenidas, es la protección de su salud física y mental.

Es deber sustancial de los profesionales tratar las enfermedades en el mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están detenidas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1982). La participación activa o pasiva o la complicidad en las torturas o malos tratos constituyen una violación patente de la ética médica (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1982)

Es contrario a la ética médica contribuir a interrogatorios de personas detenidas, mediante la certificación profesional de que la persona se encuentra en condiciones para recibir cualquier forma de castigo que influya desfavorablemente en su salud física o mental (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1982). Además, ningún detenido será sometido ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud¹⁹ (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1982).

¹⁹ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su artículo 7 establece que la práctica sistemática o generalizada de la tortura y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o salud mental, constituyen crímenes de lesa humanidad.

La igualdad en el derecho a la salud requiere propender por la equidad²⁰ como valor ético, el cual es inherentemente normativo desde el principio de justicia distributiva²¹ y acorde con los principios de derechos humanos (Braveman y Gruskin, 2003, citado por (Martinez Martin, 2008)). Así pues, es importante comprender la salud en términos de medición, es decir, la exigencia del derecho desde la perspectiva individual y social.

Tales perspectivas establece que este derecho consisten en definir unas condiciones de vida adecuadas que permitan contar con buena salud y una organización social que responda a las necesidades de salud de todos los ciudadanos (Martinez Martin, 2008).

Implica que el acceso a los servicios de salud tenga un mayor desarrollo biológico que social, aunque no desconoce el impacto de dicho concepto en las formas de organización sobre la institucionalidad del sistema de salud, concretamente en el deber de los Estados de proporcionar un seguro médico y centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes.

El derecho a la vida privada desde el concepto biológico de salud protege la decisión de la persona para dar su consentimiento sobre cualquier tipo de tratamiento preventivo, rehabilitación y terapéutico que tenga que ver con su integridad. La teoría del principialismo²² establece que este derecho es una regla bioética, cuyo valor instrumental permite el desarrollo personal y el fortalecimiento de las relaciones sociales (Outomuro & Mirabile, 2012).

Este derecho se consolida con el principio de autonomía que es la libertad de la persona para decidir sobre el ámbito y los alcances de su intimidad (Outomuro & Mirabile, 2012). Por lo tanto, es un derecho personalísimo y extra patrimonial, su relación con la salud

²⁰ Equidad implica valorar las desigualdades desde una idea de justicia. Básicamente consiste en que la justicia social predominante en una sociedad resuelva problemáticas en salud con la equidad en salud (Hernández-Álvarez, 2008).

²¹ Es la distribución equitativa de bienes escasos en una comunidad. Claro esta que esta definición varía sustancialmente dependiendo de las corrientes filosóficas (García Amando, 2017). Para los de corriente liberal la justicia distributiva no existe toda vez que va en contravía con los principios de libertad económica y la voluntad privada (García Amando, 2017).

²² Se caracteriza por desarrollar los principios de beneficencia, no maleficencia, justicia y autonomía del informe Belmont de 1978; esta teoría fue incentivada en 1979 por Beauchamp y Childress. Tuvo su auge al interior de los espacios clínicos hospitalarios en la creación e instalación de comités de ética asistencial de investigación (Escobar Lopez, 2012)

versa en la protección de la información personal por medio del consentimiento del paciente cuando es requerida para la atención asistencial (Outomuro & Mirabile, 2012).

Si bien es cierto algunas situaciones relacionadas con la atención en salud, este derecho cede en beneficio del bien común, aun así no debe causar un detrimento mayor a la intimidad de la persona (Outomuro & Mirabile, 2012). Debería ser la excepción pero nunca la regla (Outomuro & Mirabile, 2012). En el ámbito de la investigación médica, este derecho se inclina hacia la preservación de los derechos individuales que atañen la privacidad de la persona (Outomuro & Mirabile, 2012).

El derecho a la información permite alcanzar la equidad en la promoción de medidas preventivas en lo que concierne al desarrollo máximo de la salud por parte de la población; esto implica el acceso a la información para poseer actitudes y oportunidades que sean plausibles realizar opciones de vida en términos de salud (Organización Mundial de la Salud, 1986).

Además, un paciente informado es un colaborador activo en su proceso de recuperación, porque al ser responsable con su enfermedad y tratamiento permite reducir los costos sanitarios de la administración y las compañías aseguradoras (Vall Casas & Rodríguez Parada, 2008). Este derecho requiere tres aspectos fundamentales para su protección que son: psicológico, normativo y Ético (Vall Casas & Rodríguez Parada, 2008)

El carácter psicológico hace alusión a que la cantidad y calidad de información facilita a los pacientes reducir su ansiedad e incertidumbre sobre su estado de salud, obteniendo una eficaz recuperación durante el tratamiento (Vall Casas & Rodríguez Parada, 2008).

El carácter normativo a partir de la dignidad humana del paciente, no implica solamente proporcionar información sino hacerlo acorde a sus características clínicas. Su regulación versa en la titularidad del derecho, el acceso a la historia médica, el consentimiento informado y las voluntades anticipadas (Vall Casas & Rodríguez Parada, 2008).

Desde el punto de vista ético, el derecho toma vital importancia en los códigos deontológicos de la profesión médica que reconoce los tres principios del informe Belmont

(Vall Casas & Rodríguez Parada, 2008). El principio de respeto a las personas exige dos convicciones éticas; la primera tratar a las personas con autonomía y la segunda requiere la protección de aquellos cuya autonomía esta de algún modo disminuida (Informe Belmont, 1979).

El principio de beneficia en sentido radical es una obligación que contempla dos reglas generales que son complementarias; no causar daño y maximizar los beneficios posibles para disminuir los posibles daños (Informe Belmont, 1979). El último principio es de justicia en términos de equidad, el cual hace referencia a la distribución de lo que es merecido (Informe Belmont, 1979).

Así pues, el ejercicio de este derecho en materia de salud versa en el concepto biológico del mismo, aunque no deja de lado el concepto social de salud a la hora de garantizar información sobre actividades de prevención de enfermedades que atañen el saneamiento ambiental, laboral e inclusive el acceso al sistema de salud en las modalidades de la prestación del servicio.

El derecho de circulación es la libre movilidad migratoria que incluye no solo el traslado de una frontera de un país a otro, sino que integra aquellos elementos de asentamiento legal de un inmigrante en su nuevo medio o de aquellos que lo acompañan en su proceso de retorno (Marmora, 2004, citado por (Brumat, 2016). Este derecho reivindica la libertad de toda persona a trasladarse de un país a otro sin limitaciones arbitrarias (Marmora, 2004, citado por (Brumat, 2016).

En otras palabras, este derecho se refiere a todo proceso de integración migratoria que constituya una contraparte social en los espacios de integración, cuyo desarrollo es la extensión del territorio nacional en que el inmigrante ingresa a un espacio común (Marmora, 2004, Pérez Vichich, 2007 citado por (Brumat, 2016).

La relación del derecho a la salud con la libre circulación es una restricción legítima desde el punto de vista biológico. Consiste en que la movilidad migratoria como fenómeno integración, no sea viable por razones de salubridad pública del país receptor o por la condición biológica sobre el estado físico e integral del inmigrante.

Por lo tanto, es nocivo y contraproducente ejercer el derecho a circular libremente en el marco de la respetabilidad de los Estados de su obligación negativa de abstenerse de cualquier tipo de limitación arbitraria.

El agua como recurso indispensable para la existencia humana tiene tres perspectivas jurídicas que depende del caso concreto: el primero se refiere a que hace parte del núcleo esencial del derecho colectivo a un ambiente sano (Sutorius & Rodriguez , 2015); el segundo establece que es un servicio público que se encuentra a cargo del Estado bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Sutorius & Rodriguez , 2015); el tercero considera que es un derecho fundamental en virtud de que consagra la importancia en el consumo humano (Sutorius & Rodriguez , 2015).

Este recuso incide en la salud debido a que el acceso a las fuentes de agua potable es indispensable para prevenir enfermedades infecciosas y endémicas (Sutorius & Rodriguez , 2015) .Su carácter directo y autónomo surge a partir de la conexidad con otros derechos como la alimentación, vivienda, el derecho a la vida y la dignidad humana (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2002).

El fundamento jurídico del derecho al agua consiste en que todas las personas tienen derecho a disponer agua suficiente, saludable, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y domestico; el abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y satisfacer las necesidades de higiene personal y doméstica (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2002).

El medio ambiente es el derecho fundamental de la persona humana a disfrutar de las condiciones de vida adecuados (Declaracion de Estocolmo , 1972).Este derecho requiere la conservación de un medio que garantice una vida digna sin discriminaciones y gozar de bienestar físico y espiritual necesario para su desarrollo integral (Declaracion de Estocolmo , 1972).

Los principios más importantes para la preservación del medio ambiente son el desarrollo sostenible; la prevención del daño ambiental; el derecho a cooperar; planificación

del desarrollo; el derecho soberano de los Estados a explotar los recursos; finalmente, poner la ciencia al servicio de la salud (Declaración de Estocolmo , 1972).

La consagración jurídica de este derecho debe tener como objetivos la responsabilidad por el daño ambiental, el uso de instrumentos económicos en la gestión y el desarrollo sostenible (Declaración de Río de Janeiro, 1992) Reafirman al ser humano como eje central para el desarrollo de dichos objetivos y garantizar el derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (Declaración de Río de Janeiro, 1992).

La relación del ser humano con su entorno ambiental es un determinante básico de la calidad de vida y la condición de salud (García-Ubaque, García-Ubaque, & Vaca-Bohórquez, 2013). El concepto de la salud ambiental abarca tres escenarios: el más proximal es el entorno ocupacional del individuo como el trabajo, estudio y hogar (García-Ubaque, García-Ubaque, & Vaca-Bohórquez, 2013).

El segundo escenario intermedio está constituido por el entorno natural y cultural que incluye las modificaciones introducidas por el hombre; este ambiente se refiere a sitios específicos de acción cuyas condiciones no afectan directamente al individuo o comunidad desde un punto de vista biológico pero influyen de forma positiva o negativa en la distribución y usos de la tierra, prácticas productivas, etc. (García-Ubaque, García-Ubaque, & Vaca-Bohórquez, 2013).

El escenario más distanciado hace alusión a las estructuras de poder en los campos económico, social y político; es básicamente el conjunto de reglas que facilitan o entorpecen el acceso a condiciones de salud ambiental por parte del individuo en general (García-Ubaque, García-Ubaque, & Vaca-Bohórquez, 2013).

Teniendo en cuenta lo anterior, una política ambiental consiste en adoptar un modelo de determinación social de la salud; en otras palabras, la salud o la enfermedad no son un acontecimiento de orden exclusivamente natural, sino que son resultado de relaciones e interacciones dinámicas entre el individuo biológico con su entorno y sus condiciones de vida en los ámbitos económico, ambiental, cultural y político (García-Ubaque, García-Ubaque, & Vaca-Bohórquez, 2013).

La salud ambiental es el campo de acción de la salud pública que enmarca la interacción del ambiente con la salud (García-Ubaque, García-Ubaque, & Vaca-Bohórquez, 2013). También abarca los efectos que tiene las condiciones del ambiente sobre la calidad de vida en la salud individual y colectiva, estas condiciones son determinantes para establecer el perfil de protección o deterioro de la salud humana (García-Ubaque, García-Ubaque, & Vaca-Bohórquez, 2013).

La relación del concepto social de salud con el medio ambiente se caracteriza por la responsabilidad de promover su protección, preservación y mejoramiento para asegurar el bienestar de salud, física, mental y social; consolidar un medio necesario para el desarrollo integral que le permita una vida digna sin discriminación alguna.

El proceso salud y enfermedad no es un aspecto meramente biológico, sino que involucra el entorno en que el ser humano se adapta al medio, dando lugar a un enfoque de responsabilidad colectiva en el saneamiento ambiental.

La participación democrática en materia de salud consiste en una nueva relación entre los pacientes y los profesionales de la salud, dicha relación no solo se desarrolla desde el conocimiento en salud por parte del profesional, sino en la planificación que puede tener el paciente en las políticas sanitarias, es decir, en la prevención, manejo y control de la propia salud al tomar iniciativa en la búsqueda de información y formación en salud (Ruiz Arazola & Perestelo Perez, 2012)

El consentimiento informado requiere de un código ético como forma de participación democrática por parte del paciente en las intervenciones y tratamientos médicos (Ruiz-Azarolaa & Perestelo-Pérez, 2012). Este mecanismo permite esclarecer cualquier conflicto de interés en la toma de decisiones (Ruiz-Azarolaa & Perestelo-Pérez, 2012).

En consecuencia, la participación de los pacientes influirá el nivel de educación sanitaria y el grado de conocimiento con la especialidad del profesional sanitario que entienda y acepte su nuevo rol (Ruiz-Azarolaa & Perestelo-Pérez, 2012).

El bienestar social son los esfuerzos sistemáticos para identificar las necesidades de salud y prever la organización de servicios integrados con una base definida de población (Frenk, la práctica de la salud pública, 2016); siguiendo esta definición, se consolida un

sistema de salud colectiva que supera la dicotomía entre el concepto biológico y social de salud (Frenk , la practica de la salud publica, 2016).

Si bien es cierto que las poblaciones humanas están organizadas en sociedades, no hay que desconocer la dimensión biológica de las poblaciones humanas expresada en fenómenos como la distribución de características genéticas, la inmunidad grupal y la interacción de los grupos humanos con otras poblaciones biológicas (Frenk , la practica de la salud publica, 2016).

Así pues, surge una interrelación entre el concepto biológico y social de salud, en razón a que el estudio del proceso de salud-enfermedad desde un enfoque social no desconoce a nivel poblacional factores biológicos en salud.

Un bien²³ público es aquel cuyo consumo es indivisible y puede ser adquirido por todos los miembros de una comunidad sin ningún tipo de exclusión (Sevilla Arias , Bien publico , 2016); estos bienes se consideran fallidos en la rentabilidad del mercado, su producción al no ser rentable para la iniciativa privada requiere la intervención del Estado para proveerlos en igualdad de condiciones (Sevilla Arias , Bien publico , 2016).

Estos bienes se distinguen de los privados por tres propiedades: se consumen directamente; no se puede excluir a un individuo o a un colectivo de su consumo y este no es rival, es decir, lo que consume un nuevo individuo no afecta o limita el consumo a los demás consumidores (Sevilla Arias , Bien publico , 2016).

El bienestar social consolida el concepto biológico y social de salud, cuyo enfoque versa en el carácter prestacional del derecho, a la hora de identificar necesidades de salud que son importantes para definir la organización de los servicios de salud. Además, consolida la noción de bien público como aquella responsabilidad del Estado de garantizar la prestación del servicio en condiciones de igualdad acorde a su capacidad económica y política.

²³ En términos económicos es un elemento tangible o material destinado a satisfacer necesidades de clientes o grupo de consumidores que lo demandan (Sevilla Arias , definicion economica de bien , 2016)

La vivienda saludable es una estrategia para la promoción de salud que depende de dos cuestiones; el nivel de conocimiento que tengan las personas y el grado de control sobre las decisiones que afectan a su salud (Rojas , 2004).

Para reducir los factores de riesgo de tipo ambiental como la falta de acceso a agua potable, saneamiento básico insuficiente en el hogar, hacinamiento y contaminación de alimentos por microorganismos patógenos, es necesario entender cuatro conceptos que estructuran la noción de vivienda que son: la calidad de vida, salud, vivienda y riesgo (Rojas , 2004).

La calidad es el grado de excelencia de vida que ofrece la sociedad en el marco de sus políticas de asignación o distribución espacial y social de los recursos. (Abaleron, 2002, citado por (Rojas , 2004)). La capacitación, el empleo y los ingresos (bienes y servicios) son determinantes para satisfacer directa o indirectamente cierta gama de necesidades que tiene ver con la calidad de vida en lo que concierne a la salud física y mental de la población (Rojas , 2004).

En lo que concierne a la salud, tomando la definición del PIDESC se deduce que es un proceso continuo de adaptación al ambiente físico y construido que incluye un contexto político, económico, social y cultural (Rojas , 2004). Este proceso se ajusta a la capacidad de las personas para acoger un modelo adaptativo y positivo²⁴ que les permita abordar con eficiencia las exigencias y desafíos para la vida cotidiana (Rojas , 2004).

La vivienda adquiere un carácter objetivo sobre la actividad humana para la satisfacción de necesidades, es decir, es una imagen socialmente compartida (Rojas , 2004). No debe entenderse como un producto físico que está destinado a resolver problemas de déficit habitacional mediante su transferencia o imposición a los sectores que lo padecen, sino como un apoyo y fortalecimiento de los procesos sociales que son gestados y movilizados para superar problemas desde el punto de vista habitacional (Rojas , 2004).

²⁴ Tiene en cuenta los modelos de comportamiento como aquellas habilidades personales, interpersonales, cognitivas y físicas, las cuales constituyen los estilos de vida que influyen en las condiciones sociales, económicas subyacentes y los entornos físicos en los que interactúa la salud (Rojas , 2004).

La calidad de vida, la salud y vivienda son decisiones que se toman a nivel individual y colectivo (Rojas , 2004); dicha elección constituye el riesgo, básicamente es lo contingente (Rojas , 2004). Esta noción es un constructo social para diferenciar lo normal y seguro de cada momento que involucra interacciones sociales (Rojas , 2004).

De acuerdo a lo anterior, una vivienda saludable debe tener en cuenta la responsabilidad de las personas y las instituciones en su producción, distribución y consumo (Rojas , 2004); además, la habitabilidad de la vivienda depende de la resiliencia²⁵ que es la capacidad de adaptación para interactuar con los riesgos, sin alterar el estado de salud ante situaciones de vulnerabilidad (Rojas , 2004).

El concepto social de salud tiene mayor relevancia en el bienestar de la vivienda, en lo que concierne a la toma de decisiones sobre el estilo de vida desde el punto de vista habitacional. La calidad de vida como parámetro de asignación o distribución espacial y social de los recursos, permite la satisfacción de necesidades en las que interfieran factores de riesgo que afecten la salud y tengan relevancia en el desarrollo sostenible de producción, distribución y consumo de la vivienda.

La paz como prerrequisito para la salud es una realidad interrelacionada e interdependiente con la vida de las personas y la sociedad (Franco , 2015). Su afinidad con la salud hace alusión a que sea garantizado el bienestar individual y social en una convivencia tranquila, que permita ejercer el derecho más allá del proceso sanitario de enfermedad y el carácter prestacional que ha tenido la prestación del servicio de salud (Franco , 2015).

La renta como prerrequisito de la salud son los gastos de bolsillos que incurren las personas en el marco de una economía de consumo (Perez Valbuena & Silva Ureña, 2011). La decisión de los gastos en salud enfrenta un problema entre el consumo requerido del demandante y las restricciones que tiene el oferente en la prestación del servicio, dicha decisión recae en el sector privado cuando se realizan pagos directos para la adquisición de

²⁵ El nivel de residencia está ligado a las habilidades, estilos u condiciones de los habitantes de las viviendas cuya capacidad de adaptación depende del grado de salubridad de la vivienda como agente promotor de la salud. En consecuencia, para que exista vulnerabilidad es necesario que se den situaciones de amenazas y que éstas dependan de los procesos de desarrollo social (Rojas , 2004)

bienes y servicios que afecta la capacidad de pago de los hogares (Perez Valbuena & Silva Ureña, 2011).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) establece que los gastos de bolsillo no deberían ser superiores al 20% del gasto total de salud, de otro modo se incrementa la probabilidad de riesgo financiero de los hogares a la hora de enfrentar gastos catastróficos en salud (Perez Valbuena & Silva Ureña, 2011). Por lo tanto, un sistema público de salud se encarga de asegurar la carga prestacional del derecho a la hora de demandar la prestación del servicio en la que prevalece el concepto biológico de salud.

El concepto social de salud está estrechamente ligado con la estabilidad de los ecosistemas, debido a que el oxígeno, las fuentes hídricas y las masas forestales, contribuye a que surja un equilibrio natural entre las necesidades fundamentales del ser humano y los recursos naturales (Cardenas Garcia, 2011).

Para impedir la transmisión de enfermedades infecciosas o endémicas y mantener una buena salud, es necesario garantizar la asegurabilidad y protección del bienestar del entorno ambiental, desde el punto de vista biológico del proceso de salud-enfermedad (Cardenas Garcia, 2011) .

La justicia social en salud hace alusión al estatuto epistemológico de la epidemiología (Arias Valencia, 2017). Como disciplina que se encarga de estudiar la enfermedad, más allá de lo técnico e instrumental, debe tener en cuenta el carácter moral de la salud (Arias Valencia, 2017). Reflexión que requiere una discusión política desde el neoliberalismo y la teoría crítica de la sociedad (Arias Valencia, 2017).

El neoliberalismo considera que hay una sociedad justa cuando se respeta la libertad de cada individuo para escoger su propia concepción de vida (Arias Valencia, 2017). En relación con la epidemiología se encuentra en el individualismo metódico, asume la salud como aquel equilibrio del colectivo de personas que está expuesto a sufrir un daño, lesión o enfermedad (Arias Valencia, 2017).

La enfermedad como aquella alteración morfo-fisiológica del organismo producido por causas biológicas, sociales y ambientales (Arias Valencia, 2017); su control e

intervención se encuentra en la valoración de los factores de riesgo desde el individuo, en razón a que la decisión de exponerse a un riesgo es de carácter personal en la que no interfiere la sociedad (Arias Valencia, 2017).

La justicia liberal promovida por Jhon Rawls a partir de los principios de igualdad en la libertad y desigualdad compensatoria dieron lugar a la epidemiología anglosajona (Arias Valencia, 2017). Estos principios fueron cuestionados por Amartya Sen y Nussbaum desde el enfoque de las capacidades, lo que permitió entender la salud como una capacidad esencial que involucra el estudio del proceso salud y enfermedad desde los fenómenos sociales que permiten resolver las inequidades en salud (Arias Valencia, 2017).

Por lo tanto, al existir factores biológicos determinantes y comportamientos individuales también hay factores sociales (Arias Valencia, 2017); lo social no es una condición natural ni depende de la voluntad individual sino que es una construcción de las relaciones humanas en las que surgen desigualdades que pueden ser juzgados como injustas (Arias Valencia, 2017).

La teoría crítica social establece que la promesa liberal en la generación de acuerdos y contratos propios de la sociedad capitalista y liberal, es una asimetría de poder que no otorga la igualdad requerida en la salud como capacidad esencial (Arias Valencia, 2017).

La epidemiología social no es exclusivamente el estudio de la lógica causal entre exposiciones y desenlaces de riesgo, sino que es un proceso que implica una relación didáctica entre lo biológico y lo social (Arias Valencia, 2017). El resultado de dicha interacción surge de una estructura jerarquizada en la cual lo biológico que subsumido a lo social mediante los procesos de producción y distribución (Arias Valencia, 2017). De estos procesos surgen inequidades en salud que son desigualdades injustas generadas por las relaciones de poder (Arias Valencia, 2017).

La equidad como valor ético y normativo puede ser un ideal alcanzable o un mínimo asegurable (Martinez Martin, 2008). En lo que concierne al primero, los derechos humanos son demandas éticas que imponen límites a la organización del Estado, cuyo valor normativo es la formulación general del derecho en el ordenamiento jurídico (Martinez Martin, 2008).

El segundo hace alusión a que el derecho lleva la obligación tangible del Estado sobre los mínimos que construye la norma, su fijación básicamente consiste en el que el ideal alcanzable es solo una meta que se lograra progresivamente en función del esfuerzo de una sociedad o de un país a través del tiempo (Martinez Martin, 2008).

El análisis de las desigualdades en salud supera la generalidad de la formulación de los derechos e ideales o la aceptación ideológica y política de los derechos de los mininos (Martinez Martin, 2008). La subjetividad ética del derecho requiere de mediciones objetivas en la calidad de vida y salud de las personas (Martinez Martin, 2008).

Las áreas de medición de la inequidad en salud versan en las desigualdades de oportunidades, exposición al riesgo, respuesta de la sociedad y resultados largo plazo; los cuales deben compararse entre los diferentes estratos, niveles educativos, nivel de ingreso o diferentes posiciones ocupacionales (Martinez Martin, 2008).

Para llevar a cabo este procedimiento es necesario separar las desigualdades de salud a largo plazo de los indicadores que señalan un riesgo inmediato en salud, en razón a que los primeros son el resultado acumulativo de la desigualdad de oportunidades de la expectativa de calidad de vida en salud, mientras que los segundo son una exposición diferencial al riesgo y respuesta diferencial de la sociedad en los problemas de salud (Martinez Martin, 2008) .

La respuesta desigual de la sociedad influye en la operatividad del sistema de salud, consiste básicamente en el manejo de la información en salud y riesgos; las acciones de salud pública; la cobertura de los planes de beneficios, financiamiento, oferta de servicios, calidad y políticas que no son orientadas a disminuir las inequidades en salud (Martinez Martin, 2008).

La justicia social depende del modelo epidemiológico implementado en la prestación del servicio de salud, cuyo concepto social toma mayor relevancia a la hora de garantizar este derecho desde la persona, el cual su ejercicio y protección requiere la acción progresiva del Estado y de la sociedad en general para lograr la equidad en salud.

De ahí, que la determinación ética del derecho en un ordenamiento jurídico, esté acorde con el tipo de obligaciones que deben adoptar los Estados para garantizar la prestación del

servicio desde un enfoque fundamental o prestacional, en que el concepto social de salud determina en ultimas la expectativa calidad de vida de la persona desde el concepto biológico de salud.

1.2.2. Contenido y alcance del derecho a la salud

La salud desde los conceptos biológico y social, su contenido como derecho hace referencia a su carácter fundamental y prestacional. El alcance se caracteriza por las limitaciones legítimas y aquellas que son consideradas como vulneración.

El resultado del examen del derecho en su contenido desde los instrumentos internacionales, determina cuatro componentes de valoración en el ordenamiento jurídico de un Estado que serán expuestos en el siguiente cuadro.

Concepto de salud	Vinculatorio fundamental	Vinculatorio prestacional	No vinculatorio fundamental	No vinculatorio prestacional
Prevalencia concepto biológico	1. indispensable 2. derecho a la vida 3. dignidad humana 4. derecho a la intimidad 5. derecho de circulación	1. la salud física 2. derecho a la educación	1 bien publico	1. La renta
Prevalencia concepto social	1 El más alto nivel	1 Derecho al trabajo	1 la justicia social	1 vivienda 2 equidad

	2 el medio ambiente			
Interrelación del concepto biológico y social	1. no discriminación 2 la igualdad 3 derecho a la información 4 Agua	1 salud mental 2 derecho a la alimentación 3 bienestar social	1 la paz	1 ecosistema estable

Las limitaciones legítimas del derecho según los artículos 4 y 5 del PIDESC son restricciones proporcionales que deberán estar en consonancia con las normas del derecho internacional de los derechos humanos y ser combatibles con el núcleo esencial de los derechos reconocidos en el PIDESC (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

Las limitaciones que son vulneraciones del derecho hacen alusión al incumplimiento de las obligaciones suscritas por el Estado a partir de los elementos conceptuales de disponibilidad, aceptabilidad, calidad y accesibilidad que abarca cuatro componentes que son no discriminación, acceso físico, económico e informativo (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

El tipo de obligaciones son de inmediato cumplimiento que exigen el respeto del derecho sin ningún tipo de discriminación y obligaciones progresivas que es la adopción de medidas para la plena realización del artículo 12 del PIDESC (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

La realización progresiva del derecho no debe interpretarse en sentido estricto de la capacidad económica del Estados (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000). Básicamente es la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y

eficazmente hacia la plena realización del derecho (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

En caso de que se adopten medidas regresivas corresponde al Estado demostrar que se ha agotado todas las alternativas posibles, las cuales deben estar debidamente justificadas por referencia total a los derechos enunciados en el Pacto y la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

Dentro de las obligaciones progresivas se derivan tres enfoques de cumplimiento que son: respetar, proteger y cumplir (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000). El primero exige al Estados abstenerse de injerir directa o indirecta en el disfrute del derecho (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000). El segundo requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 12 del Pacto (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

El tercer enfoque reivindica al Estados adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestales y judiciales apropiadas para dar plena efectividad al derecho (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000). Para ello requiere que los Estados adopten obligaciones de facilitar y promover (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

Las obligaciones de facilidad exigen adoptar medidas positivas que garanticen a los particulares y las comunidades disfrutar el derecho a la salud (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000). En lo que respecta a las obligaciones de promover, el Estados debe fomentar el reconocimiento de los factores determinantes en salud para lograr resultados positivos en la información apropiada sobre los estilos de vida saludables (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

Para efectos de esta investigación el carácter fundamental del derecho abarca el más alto nivel desde el concepto social en salud. El carácter prestacional de la salud física versa

en el concepto biológico de salud, mientras que la salud mental requiere la interrelación entre el concepto biológico y social de salud.

En lo que concierne al alcance del derecho el tipo de obligaciones que se van a tener en cuenta son de protección y de cumplimiento. La primera cuando el servicio de salud es proporcionado por terceros y la privatización no sea una amenaza para garantizar el derecho a la salud. La segunda hace alusión al establecimiento del aseguramiento público y privado de salud.

A continuación el contenido del derecho que contempla los instrumentos internacionales será examinado en el derecho nacional. Su vinculación en el ordenamiento jurídico se llevara a cabo con la cláusula del Estado Social de Derecho, con la finalidad de diferenciar en términos económicos la cobertura del SGSSS y la aseguradora.

A partir de la cobertura del SGSSS y la aseguradora, el alcance del derecho será estudiado desde la perspectiva del servicio, con el propósito de entender la relación entre el Estado, el afiliado y la aseguradora.

1.3. La salud en el Derecho Nacional

Las teorías dualista y monista se han encargado de explicar la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno (Herdegen , relacion entre el derecho internacional y el derecho interno, 2005). La primera establece que estos ordenamientos existen de manera independiente porque tienen fuentes y mecanismos de aplicación propios (Herdegen , relacion entre el derecho internacional y el derecho interno, 2005).

Por el contrario, la segunda considera que estos ordenamientos son interdependientes de un sistema cerrado (Herdegen , relacion entre el derecho internacional y el derecho interno, 2005) Algunos doctrinantes resaltan la prevalencia del derecho internacional sobre el nacional y viceversa (Herdegen , relacion entre el derecho internacional y el derecho interno, 2005).

En la práctica ha prevalecido el dualismo moderado, esencialmente consiste en la interdependencia de los ordenamientos pero limitados entre sí por la realidad comunitaria de los Estados (Herdegen , relacion entre el derecho internacional y el derecho interno, 2005). En otras palabra, el derecho internacional tiene validez si es reconocido como una norma del derecho jurídico interno (Herdegen , relacion entre el derecho internacional y el derecho interno, 2005).

La validez opera en dos sentidos (Herdegen , relacion entre el derecho internacional y el derecho interno, 2005); la primera por aplicabilidad indirecta de los órganos nacionales con fundamento en una ley probatoria; la segunda por aplicación directa de las reglas que por su contenido son acogidas por las autoridades nacionales (Herdegen , relacion entre el derecho internacional y el derecho interno, 2005)

De este modo, el carácter vinculatorio que reconoce el Estados para aplicar una norma del derecho internacional, requiere la aprobación legitimada por parte de la constitución de un país (Herdegen , relacion entre el derecho internacional y el derecho interno, 2005). En la constitución de 1991 se da por la cláusula del Estado social de derecho.

Esta cláusula está integrada por el preámbulo y los artículos 4, 93 y 94. Contempla en primer lugar la prevalencia de la Constitución sobre las demás normas. En segundo lugar, las relaciones internacionales se cimientan en la soberanía de los Estados, el derecho de la autodeterminación de los pueblos y los principios generales del derecho internacional aceptados por el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, los tratados y convenios internacionales que reconoce los derechos ratificados por el congreso prevalecen en el orden interno, los cuales ofrecen criterios de interpretación para los derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

La interpretación hermenéutica de la Corte Constitucional del inciso segundo del artículo 93 sustenta el bloque de constitucionalidad²⁶ (Defensoria del Pueblo Colombia,

²⁶La Corte Constitucional establece que “*el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución*”. (Sentencia C-225 de 1995).

2010). Las obligaciones correlativas del contenido normativo del derecho a la salud comprenden por un lado los instrumentos internacionales de derechos humanos y de otro lado las normas constitucionales que consagran este derecho y su respectivo desarrollo jurisprudencial (Defensoria del Pueblo Colombia, 2010).

El artículo 94 incorpora la cláusula de los derechos innominados (Uprimny, 2005) . Estos derechos si bien no están expresos en la Constitución y en los convenios internacionales, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos (Uprimny, 2005).

No obstante, esta cláusula en el bloque de constitucionalidad es susceptible de generar inseguridades jurídicas por cuanto permite la constitucionalización de derechos que no tienen ninguna consagración textual (Uprimny, 2005). La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido prudente para interpretarla mediante la sistematización dogmática, básicamente es incorporar derechos y principios por expresa remisión constitucional²⁷ (Uprimny, 2005).

La funcionalidad de la cláusula del Estado social de derecho es posible con los artículos 2 y 333 de la Constitución (Urueta Rojas , 2004) . El primero reconoce los fines esenciales del Estado desde una visión intervencionista y comunitaria (Urueta Rojas , 2004). El segundo legitima la libertad económica del Estado dentro de los límites del bien común (Urueta Rojas , 2004)

La sentencia T-1319 de 2001 considera que el inciso primero del artículo 93 adquiere una verdadera eficacia cuando se tratan de derechos y de principios que no aparecen en el derecho constitucional pero se refieren a derechos intangibles incorporados por tratados ratificados por Colombia.

En cambio, el inciso segundo del mismo artículo su finalidad es dinamizar el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la carta, el cual debe ser interpretado por medio de la cláusula hermenéutica de favorabilidad, consiste en que el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos (sentencia T-1319 de 2001).

²⁷ La naturaleza y función de la sistematización dogmática del bloque de constitucionalidad hace una distinción en sentido estricto y en sentido lato (Uprimny, 2005). En lo que concierne a la primera definición, son normas propias del bloque de constitucionalidad el texto constitucional, los convenios que delimitan el territorio colombiano, los tratados de derecho humanitario y las normas internacionales que regulan derechos humanos intangibles. La segunda hace alusión a las normas de leyes orgánicas y la ley estatutaria de estados de excepción (Uprimny, 2005).

La cláusula se define a sí misma como una respuesta que busca sintetizar nuevos valores y derechos constitucionales referentes a los derechos liberales y sociales (Urueta Rojas , 2004). En otras palabras, esta cláusula vincula al Estado con el deber de garantizar a plenitud los derechos fundamentales, y unos elementos mínimos para todos los asociados en el marco de una organización económica acorde con una vida digna (Urueta Rojas , 2004).

Por lo tanto, la salud en su carácter fundamental exige de la cláusula la materialización de la igualdad de oportunidades y la búsqueda de un orden social justo. Su carácter prestacional exige la libertad económica como mecanismo de promoción de las condiciones sociales y económicas que garantice el desarrollo autónomo de las personas y la libertad de empresa en los límites de la solidaridad y la función social.

A continuación, la vinculación del carácter fundamental y prestacional del derecho será objeto de examen en el SGSSS y en las Pólizas de Seguros de Salud para así diferenciar en términos económicos su cobertura en la prestación del servicio de salud.

1.3.1. El derecho a la salud en el SGSSS

El artículo 49 de la Constitución Política define a la salud como un servicio público a cargo del Estado bajo la dirección, organización y reglamentación a partir de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. De ahí, su reconocimiento como derecho en un principio fue desde su carácter prestacional, en la medida en que su sostenibilidad financiera depende de las asignaciones presupuestales.

No obstante, este derecho por desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional adquiere el carácter fundamental por tres vías. La primera por conexidad con los derechos a la vida, integridad y dignidad humana. La segunda con la identificación del núcleo esencial del derecho en sujetos de especial protección constitucional. Finalmente, por la exigibilidad de los servicios de salud en el marco de la constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y la jurisprudencia de esta corporación.

En lo que respecta a la teoría de conexidad la Corte Constitucional establece que la salud es “un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo” (sentencia T-597 de 1993). Por lo tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene, se trata de una cuestión de grado que debe ser valorada en cada caso concreto (Sentencia T-760 de 2008).

La salud no solo consiste en la ausencia de afecciones y enfermedades, sino que comprende el estado de completo bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud de una persona (sentencia T-597 de 1993 citada por la sentencia T-760 de 2008).

El bloque de constitucionalidad exige que el derecho al más alto nivel posible en salud sea garantizado de manera progresiva (T-359 de 2003 citada por la sentencia T-760 de 2008). La noción de salud no es unívoca y absoluta, según la Corte Constitucional, se reconoce su valor diverso y multicultural, es decir, en un Estado social de derecho esta noción es sensible a los cambios culturales y ambientales que existen en los diferentes grupos sociales (T-359 de 2003 citada por la sentencia T-760 de 2008).

La fundamentalidad de un derecho ha oscilado entre la idea de derechos subjetivos de aplicación inmediata (SU-225 de 1998) y la esencialidad e inalienabilidad del derecho de la persona (Sentencia T-01 de 1992, T-462 de 1992, T-1306 de 2001, citadas por la sentencia T-760 de 2008). Si bien es cierto que la Corte coincide en señalar que el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto lo diga expresamente, aun así, no existe consenso en la jurisprudencia.

La diversidad jurisprudencial de posturas tiene como finalidad evitar una lectura textualista y restrictiva de los derechos y auspiciar mayor aplicabilidad del artículo 94 de la Constitución, el cual establece que todos los derechos no consagrados expresamente, no es excusa para que no sean reconocidos como derechos inherentes a las personas (sentencia T-760 de 2008).

La dignidad humana²⁸ es uno de los elementos esenciales que da sentido al uso de la expresión de derechos fundamentales. La sentencia T-227 de 2003 que tiene en cuenta las

²⁸ El alcance y contenido de la dignidad humana según la sentencia T-291 de 2016 es un principio fundante del ordenamiento jurídico, un principio constitucional y un derecho fundamental autónomo. En lo que concierne a

disposiciones de la sentencia T-801 de 1998 establece que hay vulneración del derecho cuando hay afectación de la dignidad humana de acuerdo con la realidad de cada caso concreto en circunstancias únicas y particulares.

Así pues, este derecho adquiere su carácter fundamental de manera autónoma cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud que se encuentran en la Constitución, en el bloque de constitucionalidad y finalmente en las leyes y demás normas que crean y estructuran el SGSSS que definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho (Sentencia T-760 de 2008).

En palabras más específicas, la jurisprudencia establece que el acceso a un servicio contemplado en los Planes Obligatorios de Salud (POS), es un derecho fundamental autónomo, en la medida que la negación de los servicios de salud contemplados en dicho plan es una violación del derecho desde su carácter fundamental, porque se trata una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela²⁹ (sentencia T-760 de 2008).

El derecho a la salud tiene dimensiones positivas y negativas que atañen el carácter fundamental y prestacional del mismo. La Corte Constitucional ha reconocido que el Estado o terceros pueden violar el derecho, bien sea por omisión que se presenta cuando se deja de prestar un servicio de salud, o por acción cuando se realiza una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona (sentencia T-760 de 2008).

La dimensión negativa del derecho abarca para el Estado obligaciones de abstención, es decir, supone que el Estado deja de hacer algo (sentencia T-760 de 2008). No obstante, no

un principio constitucional, la Corte establece que es aquella autonomía o posibilidad para diseñar un plan vital y determinarse según sus características; también es entendida como una intangibilidad de los bienes no patrimoniales que son la integridad física y moral.

La dignidad humana como derecho fundamental autónomo es el merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser como tal y la facultad que posee para exigir de los demás el derecho a un trato acorde con su condición humana (sentencia T-291 de 2016).

Su relación con el derecho a la salud se caracteriza por la libertad de elegir un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle (sentencia T-227 de 2003). Además abarca la posibilidad real y efectiva de gozar ciertos bienes y servicios que le permitan a todo ser humano funcionar en una sociedad según sus especiales condiciones, bajo la lógica de la inclusión y la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad (sentencia T-227 de 2003).

²⁹ Esta regla jurisprudencial tuvo su desarrollo en las sentencias T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y de T-837 de 2006 (MP Humberto Sierra Porto).

hay razón para establecer que estas obligaciones sean ajenas a la asignación presupuestal y la capacidad administrativa de los Estados (sentencia T-760 de 2008).

Asimismo, la Corte no considera que las facetas positivas de un derecho siempre están sometidas a una protección gradual y progresiva; esto ocurre cuando la omisión en el cumplimiento de obligaciones correlativas mínimas coloca al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño injustificado (sentencia T-760 de 2008).

Por lo tanto, la clasificación de derechos liberales y sociales debe tener relevancia académica, más no jurídica y conceptual, debido a que es artificioso el argumento de que los derechos de libertad no suponen ningún gasto que requieren protección inmediata, mientras que los derechos sociales y económicos dado su carácter prestacional solo requieren acciones progresivas (sentencia T-760 de 2008).

La jurisprudencia constitucional considera que el carácter prestacional no se predica de la categoría del derecho sino de la faceta del mismo (Sentencia T-427 de 1992, citada por la sentencia T-760 de 2008). Es un error hablar de derechos prestacionales cuando en realidad todo derecho tiene facetas prestacionales y fundamentales (Sentencia T-472 de 1992).

Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental tienen un carácter prestacional que exige el cumplimiento inmediato de obligaciones por parte del Estado, en situaciones como suministrar información a los pacientes, también cuando la gravedad del asunto demanda una acción inmediata por ejemplo en la atención del recién nacido (sentencia T-760 de 2008).

Igualmente surgen del carácter prestacional de un derecho fundamental obligaciones que requieren el cumplimiento de acciones progresivas, es decir, la decisión democrática acerca del grado de protección que se brinde a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de formas específicas para garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento (sentencia T-760 de 2008).

La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivan del ámbito de protección del derecho fundamental (sentencia T-595 de 2002).

No es permisible para el Estado abstenerse de tomar medidas adecuadas y necesarias que estén orientadas a cumplir una obligación progresiva. La ejecución de estas obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, sino que debe estar ajustada a la constitución y debe garantizar el goce efectivo de los derechos (Sentencia T-760 de 2006).

En palabras más específicas, cuando un derecho fundamental depende del desarrollo progresivo, lo mínimo que debe hacer la autoridad responsable para proteger la prestación del servicio, de carácter programático derivada de la dimensión positiva de un derecho fundamental, es contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de los derechos (Sentencia T-595 de 2002 citado por la sentencia T-760 de 2008).

La sentencia C-313 de 2014 que acude a las disposiciones de la sentencias C-463 de 2008, T-607 de 2009 y T-801 de 1998, considera que la autonomía e irrenunciabilidad del derecho tanto en lo individual como en lo colectivo (artículo 2 ley 1753 de 2015) se debe a la *Iusfundamentalidad*, básicamente es la calidad del derecho en el desarrollo del principio de universalidad, el cual es el reconocimiento del derecho a todas las personas sin excepción.

Hay que tener en cuenta que la realización del derecho a la salud desde el punto de vista normativo vinculan los siguientes principios: universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad (Sentencia C-313 de 2014).

Sin embargo, la Corte Constitucional en su reiterada jurisprudencia considera que los principios de continuidad, pro homine e integridad son los que mejor desarrollan la irrenunciabilidad del derecho en su faceta fundamental (sentencia T-121 de 2015).

El principio de continuidad implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, en ningún caso, por razones administrativas o económicas, porque constituyen la vulneración de la confianza legítima en la prestación del servicio (Sentencia T-121 de 2015); en consecuencia, una característica de un servicio público es garantizar la cobertura

ininterrumpida, constante y permanente que responda a la necesidad sobre el estado de salud de los usuarios en el SGSSS (Sentencia T-121 de 2015).

La importancia de este principio consiste en lograr la recuperación y estabilidad del paciente mediante la integralidad del tratamiento médico (Sentencia T-121 de 2015). Desde esta perspectiva, resultan contrario al derecho las interrupciones arbitrarias que afectan la salud (Sentencia T-121 de 2015).

El principio Pro Homine se fundamenta en la dignidad humana (Sentencia C-313 de 2014, citada por la Sentencia T-121 de 2015). Este principio implica que las normas en materia de salud sean interpretadas en favor de la protección y goce efectivo de los derechos de las personas (Sentencia C-313 de 2014, citada por la Sentencia T-121 de 2015).

En palabras más específicas, la interpretación de las exclusiones del Plan de Beneficios de Salud (PBS) debe ser restrictiva, mientras que la interpretación de las coberturas debe ser amplia para garantizar el goce efectivo del derecho (Sentencia C-313 de 2014, citada por la Sentencia T-121 de 2015).

El principio de integridad implica que el sistema de salud debe brindar servicios de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud posible o al menos, padezca el menor sufrimiento posible (sentencia C-313 de 2014).

En últimas reconoce que toda persona tiene derecho a que se garantice la su salud en todas sus facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta de manera integral y sin fragmentaciones (sentencia C-313 de 2014).

Para reconocer este derecho es oportuno distinguir entre la titularidad y el ejercicio del mismo (Sentencia C-313 de 2014). En lo que concierne a lo primero, la irrenunciabilidad juega un papel importante. En el segundo aspecto depende de la autonomía de la persona (Sentencia C-313 de 2014).

La irrenunciabilidad del derecho abarca dos dimensiones (Abril, 2016). La primera consiste en la relevancia moral de la dignidad humana en la salud (Abril, 2016). La segunda es la relevancia jurídica que convierte a los derechos en una norma básica del ordenamiento

jurídico y un instrumento necesario para que el individuo se desarrolle en sociedad (Abril, 2016).

Estas dimensiones sustentan la protección que requiere el individuo respecto a la institucionalidad del estado, el cual debe proveer un ámbito de libertad individual y social en el ejercicio del derecho a la salud (Abril, 2016). Por lo tanto, la irrenunciabilidad declarada como una norma básica en el ordenamiento jurídico, presupone la obligación del Estado de garantizar el carácter inalienable de un derecho (Abril, 2016).

En cada caso concreto habrá de valorar si es admisible constitucionalmente la renuncia del ejercicio del derecho (Sentencia C-313 de 2014) ya que el ejercicio de la autonomía puede entrar en tensión con otros valores y principios constitucionales” (Sentencia C-313 de 2014).

En conclusión, el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud en su individualidad, es decir, la afectación al estado variable de la vida de la persona, requiere que el carácter prestacional del mismo sea cuantificado desde un enfoque colectivo, para que su reconocimiento progresivo por parte de asignaciones presupuestales que implican financiamiento fiscal, no sea un obstáculo para el efectivo goce y ejercicio de este derecho a la hora de garantizar la prestación del servicio en un sistema público que reconoce la participación privada de la adquisición de planes voluntarios de salud.

1.3.2. Derecho a la salud en las pólizas de seguros de salud (PSS)

El derecho a la salud en las Pólizas de Seguros de Salud predomina el carácter prestacional sobre el fundamental, en razón a la naturaleza jurídica del contrato que comprende el concepto del contrato de seguros, sus características y sus elementos esenciales que son: interés asegurable, riesgo asegurable, prima y la obligación condicional de la aseguradora.

El concepto del contrato de seguros comprende tres definiciones que son: doctrinal, jurisprudencial y normativa. La primera define este contrato como aquel acuerdo mediante el cual una de las partes (aseguradora) se obliga a pagar una indemnización a la otra parte

(asegurado) para resarcir un daño que fue objeto de cobertura a cambio del pago de una prima (Sánchez, Seguros: temas esenciales, 2016).

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil establece que el contrato de seguros es aquel negocio jurídico *“en virtud del cual una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina “prima”, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al “asegurado” los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuesto en que se les llama de “daños” o de “indemnización efectiva”, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro (...)*”. (CSJ, SC, Sentencia 002 del 24 de enero de 1994).

La Corte Constitucional reconoce la naturaleza privada de este contrato a partir de sus características. Es consensual porque se perfecciona con el consentimiento de las partes; bilateral cuando surgen derechos y obligaciones entre las partes que legitiman el carácter oneroso del negocio jurídico (Sentencia T-158 de 2010).

Además, es aleatorio que hace alusión a una pérdida o daño producido por un acontecimiento externo (sentencia T-158 de 2010); es de tracto sucesivo, requiere que las obligaciones se cumplan paulatinamente con la ejecución del contrato (sentencia T-158 de 2010).

Otras características de vital importancia son la indemnización, la adhesión y la buena fe. La primera es el resarcimiento de una pérdida patrimonial real (Sánchez, Los Seguros de Vida. El concepto del riesgo en el seguro de vida, 2016).

En el seguro de vida, este contrato es ajeno a esta característica, no es reemplazable la vida en términos económicos, solo se aproxima a la capacidad económica afectada en la vida e integridad de la persona (Sánchez, Los Seguros de Vida. El concepto del riesgo en el seguro de vida, 2016).

La adhesión consiste en ofertar el servicio de aseguramiento a una persona indeterminada, su carácter general condiciona al potencial cliente a aceptar el margen de

cobertura de la póliza, sin negociación previa sobre las obligaciones suscritas (Estrada & Herrera Tapias, 2016)

No obstante, estos contratos son susceptibles de contener cláusulas de difícil interpretación, las cuales están orientadas a proteger el interés de quien las redacta y evadir toda posibilidad de discutir las entre las partes (Estrada & Herrera Tapias, 2016)

La buena fe es la presunción de la ausencia de una intención dolosa o el ánimo de defraudar (Sánchez, Seguros: temas esenciales, 2016). Tiene vital importancia en la relación contractual porque sustenta la idoneidad de la información en la delimitación del riesgo; además coloca en materia de juicio la intención de las partes de cumplir las obligaciones suscritas (Sánchez, Seguros: temas esenciales, 2016).

El Código de Comercio no define propiamente el contrato, solo resalta los elementos jurídicos que lo identifican. El artículo 1045 reconoce los elementos esenciales del seguro que son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o el precio del seguro y la obligación condicional del asegurador.

En el seguro de daños el interés asegurable es el resarcimiento del detrimento patrimonial ocasionado por un siniestro (artículo 1083, Código de Comercio). En el seguro de vida el interés asegurable son la propia vida, las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos y aquellas cuya muerte o incapacidad ocasione un perjuicio económico (artículo 1137, Código de Comercio).

El principio indemnizatorio es de vital importancia en estos tipos de contratos. En el seguro de daños conlleva a interpretar que la razón del asegurado para suscribir el contrato es de la previsión de una eventual afectación de su patrimonio (Sanchez & Martinez Del Rio Samper, 2012).

En el seguro de vida el principio indemnizatorio versa en que el interés asegurable sea aquella preocupación de buena fe que una persona (tomador, asegurado o beneficiario) suscribe un contrato para asegurar la protección, bienestar o conservación de la vida e integridad física del asegurado o beneficiario (Prieto, 2015).

El riesgo asegurable es el *“suceso incierto que no depende de la voluntad del tomador, del asegurador o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del*

asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguros. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de un determinado hecho que haya o no cumplimiento” (artículo 1054 del Código de Comercio).

Esta definición normativa contempla tres características. La primera es la factibilidad del riesgo, es decir, que dentro de la lógica sea posible su ocurrencia; la delimitación del riesgo solo es viable entre el grado de imposibilidad y la certeza (Sánchez, Los Seguros de Vida. El concepto del riesgo en el seguro de vida, 2016). Los hechos que son objeto de aseguramiento deben estar entre el hecho físicamente imposible y el hecho inevitable (Sánchez, Los Seguros de Vida. El concepto del riesgo en el seguro de vida, 2016).

La segunda característica consiste en que el hecho tenga un grado de incertidumbre, para así efectuar la obligación condicional del asegurado de pagar la indemnización cuando ocurra el siniestro (Sánchez, Los Seguros de Vida. El concepto del riesgo en el seguro de vida, 2016). La objetividad del grado de incertidumbre es importante, puesto que surge de la ignorancia de las partes sobre su ocurrencia (Sánchez, Los Seguros de Vida. El concepto del riesgo en el seguro de vida, 2016).

La tercera característica exige que el riesgo sea ajeno a la voluntad de las partes; su intervención en la gestión de un hecho futuro o incierto no la despoja necesariamente de su fortuidad (Sánchez, Los Seguros de Vida. El concepto del riesgo en el seguro de vida, 2016). En consecuencia, no descarta la naturaleza del riesgo asegurable, basta con que no se identifique su causa (Sánchez, Los Seguros de Vida. El concepto del riesgo en el seguro de vida, 2016).

Los hechos que pueden construirse riesgo asegurable deben diferenciarse entre los hechos típicamente fortuitos en los que no interfiere la voluntad humana y los hechos culposos en los que la participación humana, no es un hecho determinante sino un hecho coadyuvante (Sánchez, Los Seguros de Vida. El concepto del riesgo en el seguro de vida, 2016).

Es necesario considerar que el riesgo asegurable es *requisito ineludible para dotar de eficacia a cualquier póliza expedida en el marco de una relación asegurativa*, (CSJ SC, Sentencia de 02 julio de 2014). La individualización de los riesgos permite identificar las obligaciones suscritas por las partes.

La autonomía del asegurador para ofertar un contrato de seguros consiste en la *“potestad de delimitar espacial, temporal, causal y objetivamente los eventos por cuya ocurrencia se obligaría condicionalmente a indemnizar al beneficiario, pues estatuyó que podía asumir, con las restricciones legales”* (CSJ SC, 2 Julio de 2014).

Para identificar el grado de la obligación condicional del asegurador, es imperativo revisar las cláusulas de la póliza y los elementos que la integran. Así pues, *“interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no se han convenido, ni para excluir los realmente convenidos; ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no sólo se encuentren expresamente excluidos sino que por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida”* (CSJ SC, 23 Mayo. 1988 citada por la sentencia CSJ SC, 2 de julio de 2014).

El riesgo asegurable tiene connotaciones diferentes en el seguro de daños y seguro de vida. En el primer contrato, el riesgo es el suceso que amenaza con generar un detrimento patrimonial sobre el objeto asegurado (Díaz-Granados Prieto, 2017)

En el seguro de vida, el riesgo está circunscrito a dos eventos que son amparables individual o conjuntamente, el primero es un hecho cierto que es la muerte y el segundo la sobrevivencia como un hecho un incierto; circunstancias que son futuras, posibles y fortuitas que determinan la continuación de la vida del asegurado (Díaz-Granados Prieto, 2017) .

La prima es el precio del seguro, es decir, la contraprestación que el tomador está en la obligación de pagar a la aseguradora por el riesgo trasladado (Cárdenas, Los seguros en Colombia., 2010). Asegurado el riesgo que configura el siniestro, nace a partir de las estipulaciones del contrato, la obligación condicional del asegurador de pagar la respectiva indemnización (Cárdenas, Los seguros en Colombia., 2010).

En los seguros de daños la obligación es *ipso facto*, cuando se configura el siniestro, requiere una evaluación por parte de la aseguradora sobre el detrimento patrimonial (Cárdenas, Los seguros en Colombia., 2010). En el seguro de vida la obligación es *ipso iure*, acaecido el siniestro, automáticamente se concreta el derecho del asegurado de recibir la respectiva indemnización (Cárdenas, Los seguros en Colombia., 2010).

La fijación del valor de la prima se calcula sobre las probabilidades de ocurrencia del siniestro y su cuantía posible (Cárdenas, Los seguros en Colombia., 2010). El valor de la prima debe calcularse con una equivalencia técnica que forman un conjunto de primas que se serán pagadas por el asegurado (Cárdenas, Los seguros en Colombia., 2010)

La totalidad de las primas devengadas forma una comunidad lo suficientemente grande para cubrir los riesgos individuales y el importe global de pérdidas (Cárdenas, Los seguros en Colombia., 2010).

La finalidad del pago de la prima es la retribución del seguro por periodo no inferior a un año (artículo 1057, Código de Comercio). La cuantificación de la prima deben ser adecuada, equitativa, accesible, flexible y preventiva para establecer el grado de cobertura y exclusiones que se ofertan en el mercado (Cárdenas, Los seguros en Colombia., 2010).

En caso de constituirse la mora por el incumplimiento del pago de la prima, producirá la terminación del contrato y el derecho de asegurador para exigir el pago de la prima (artículo 1068 Código de Comercio. Disposición normativa que no podrá ser modificada por las partes.

La mora en el pago de la obligación no dará lugar a la indemnización de perjuicios compensatorios (artículo 879 del Código de comercio). En el contrato de seguros la terminación del contrato es el derecho que tiene la aseguradora para exigir el pago de la prima devengada y los gastos de formalización del contrato (Cárdenas, Los seguros en Colombia., 2010).

La renovación unilateral del contrato por parte de la aseguradora, no se configura la obligación de pagar la prima por parte del asegurado (Cárdenas, Los seguros en Colombia., 2010). No obstante en caso de que este proceda con el pago de la prima, aun sin su consentimiento requerido por la aseguradora para renovar el contrato, se entenderá que acepta la propuesta de renovación del negocio jurídico (Cárdenas, Los seguros en Colombia., 2010).

La obligación condicional del asegurador es suspensiva, toda vez que esta requiera la ocurrencia de un hecho futuro e incierto que sea totalmente ajena a la voluntad del tomador (artículo 1054, código de comercio). Por lo tanto, la obligación nace cuando surge el hecho previsto como riesgo en el contrato, el cual es delimitado en la cobertura y exclusiones que las partes suscribieron (Cárdenas, Los seguros en Colombia., 2010).

Los elementos esenciales del contrato de seguros en materia de salud tienen connotaciones más específicas. El interés asegurable es el estado de salud de la persona que involucra el contenido del derecho. Mientras que el riesgo asegurable es la configuración de una contingencia médica.

El concepto de contingencia médica ha sido desarrollado con base en la definición jurídica del contrato, los aportes técnicos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el contenido del derecho a la salud. Así pues, es el hecho que deteriora el bienestar físico y mental de una persona.

Este hecho puede ser ocasionado por una enfermedad, traumatismo o por envejecimiento. El primero consiste en la afectación, alteración o desviación del estado fisiológico de una o varias partes del cuerpo, sus causas son generalmente conocidas se manifiestan en síntomas, cuya evolución es más o menos previsible a partir de los factores de riesgo (Organizacion Mundial de la Salud, 2001).

En el segundo caso, son lesiones externas o internas, según el tipo de energía empleada afecta células, tejidos, organismos y sistemas (Organizacion Mundial de la Salud, 2001). En el tercer caso, el envejecimiento decrece el capital de salud; en consecuencia, estos hechos requieren de una inversión adecuada que garantice los niveles de calidad de vida que sustenta la eficiencia del servicio de salud (Tobar, la salud como activo economico, 1998).

La contingencia médica es delimitada en el plan de coberturas y exclusiones que oferta la aseguradora. Esta pondera los niveles del riesgo financiero sobre el estado de salud del asegurado, es decir, las probabilidades de enfermar con el costo del servicio de salud.

Expectativa que pretende la aseguradora para que el traslado del riesgo opere entre la capacidad de pago del asegurado y la autonomía de la aseguradora a la hora de ofertar sus

contratos cuantificados desde su capacidad y experiencia económica en el mercado asegurador.

El alcance constitucional de estos contratos en materia de salud³⁰ obedece a que las problemáticas contractuales como interrupción de la prestación del servicio, extralimitación de la obligación condicional del asegurador, preexistencias y reticencias; reconoce la fundamentalidad del derecho sin desconocer su prevalencia prestacional a partir de los principios de continuidad en el servicio, buena fe y allanamiento a la mora (Sentencia T-959 de 2010).

El principio de continuidad considera que la libertad contractual en el ejercicio de las relaciones privadas en el tema de seguros está gobernada por la integralidad de los tratamientos, atención médica, y los procedimientos quirúrgicos previamente ordenados (sentencia T-959 de 2010).

Este principio está sujeto a las necesidades de recuperación, atención y conservación de la salud del paciente, las cuales no pueden estar limitadas por razones de orden formal, políticas empresariales o cláusulas contractuales contrarias al derecho (sentencia T-959 de 2010).

Si bien es cierto que las empresas aseguradoras tienen objeto social diferente a las Entidades que conforman el SGSSS, aun así, el diseño de cláusulas sujetas a condiciones técnicas que obedecen a la libertad y autonomía contractual, deben garantizar la protección integral, continúa y eficaz del derecho a la salud (sentencia T-959 de 2010).

El principio de buena fe consiste en la certeza sobre la cobertura de los servicios médicos que la aseguradora se obliga a cubrir (sentencia T-533 de 1996). Es menester indicar de forma expresa las enfermedades o padecimientos que son preexistencias a la celebración del negocio jurídico (sentencia T-959 de 2010).

³⁰ La Corte Constitucional en la sentencia T-152 de 2006 que acude a las disposiciones de la sentencia T-171 de 2003 considera que la influencia que ejerce los contratos de seguros médicos sobre los derechos fundamentales, sin desconocer su diferencia jurídica, su origen y características están sujetos *mutatis mutandi* a las mismas pautas interpretativas de los contratos de medicina pre-pagada, es decir, que la aplicación análoga *iuris* de estos contratos desde diferentes perspectivas tiene como objeto la protección del derecho a la salud de los beneficiarios.

Hay que tener en cuenta que en el contrato de seguros la buena fe adquiere un significado especial. La sentencia T-171 de 2003 acude a la sentencia 231 de 2000 de la Corte Suprema de Justicia sala de casación Civil que establece que en este contrato se predica la *“uberrimae bona fidei”* que no solo significa la celebración del contrato en los términos de los artículos 863 del Código de Comercio, 1603 del Código Civil, cuya regulación enfatiza un comportamiento a seguir en toda relación intersubjetiva; sino que adquiere una vital importancia en su rigurosidad en el tipo de obligaciones suscritas.

La sentencia T-290 de 1998 indica que estas compañías no pueden pactar genéricamente las excepciones a la cobertura; se impone la obligación de determinar con exactitud cuales enfermedades congénitas y cuales preexistencias no serán atendidas. Cuando la expectativa del riesgo pactado se concreta, el ámbito de los derechos cambia sustancialmente, desplazando los de naturaleza prestacional, que representan el acceso a los servicios que se han suscrito, para involucrar así el derecho fundamental del beneficiario (sentencia T-271 de 2006).

El allanamiento a la mora opera en dos sentidos (sentencia T-196 de 2007). La primera en caso de incumplimiento del pago de la prima; es improcedente la terminación del contrato cuando surge una aceptación tácita del pago atrasado que reafirma la continuidad del negocio suscrito (sentencia T-196 de 2007).

En el segundo caso no procede la declaración de la nulidad relativa del contrato, cuando la aseguradora se allana guardando silencio en la declaración reticente por parte del tomador en lo que concierne a su estado de salud (sentencia de la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el dieciocho (18) de octubre de 1995, citada por la sentencia T-196 de 2007)

En palabras más específicas, la aseguradora de acuerdo con el artículo 1058 del C.Co se allana cuando antes de celebrarse el contrato conoce y asume el riesgo sobre los hechos o circunstancias que el asegurador declaró (sentencia T-325 de 2014). También cuando la aseguradora tiene conocimiento de la reticencia o la inexactitud después de haber celebrado el contrato (sentencia T-325 de 2014).

El carácter prestacional del derecho consiste en que los elementos esenciales del contrato, da lugar a la correlación entre el pago de la prima y el costo en la prestación del servicio de salud. La delimitación de la prima a partir de la capacidad de pago del asegurado, determina en ultimas el grado de siniestralidad que la aseguradora está dispuesta asumir.

La relación entre el interés asegurable y el riesgo asegurable deja entrever que el estado de salud involucra el carácter fundamental del derecho a la salud, mientras que la contingencia médica prevalece el carácter prestacional del derecho.

El carácter fundamental del derecho solo es posible cuando hay conexidad con otros derechos fundamentales. Por lo tanto, su reconocimiento solo es posible cuando se limita la libertad contractual en la integralidad de los tratamientos y servicios médicos.

Garantizando entre otras cosas, la expectativa del afiliado en la delimitación taxativa de la cobertura ofertada y que el incumplimiento en el pago de la prima y la reticencia no constituya situaciones de vulneración del derecho.

La salud en el SGSSS es un derecho fundamental mientras que las PSS la relación contractual dejan entrever el carácter prestacional del mismo. A continuación es necesario diferenciar la incidencia de la prestación del servicio desde la economía de la salud, ya que permite entender como el reconocimiento y la protección efectiva del derecho conlleva a diferentes grados de financiamiento que los sectores público y privado están dispuesto asumir.

2. CAPITULO II: ECONOMIA DE LA SALUD

2.1. Definición economía de la salud

La salud como activo económico consiste en que las personas heredan un capital de salud (Tobar, la salud como activo economico, 1998). Este capital puede aumentar con una

inversión³¹ cuando decrece en los diferentes ciclos de vida (Tobar, la salud como activo economico, 1998).

El concepto de capital humano hace posible comprender la relación entre el curso de vida y el envejecimiento (Tobar, la salud como activo economico, 1998). El resultado de dicha relación, determina el estado funcional de la persona para demandar la prestación del servicio de salud (Tobar, la salud como activo economico, 1998).

Por lo tanto, la salud al ser definida de diversas maneras, en términos económicos se concibe como un capital que puede incrementarse o deteriorarse cuando no se realiza las inversiones adecuadas (Tobar, la salud como activo economico, 1998). Este capital al tener depreciación por la afectación de una enfermedad que demanda el servicio de salud, requiere una definición económica sobre las preferencias del consumidor en la asignación óptima de los recursos (Mushkin, 1999).

La Economía de la salud *“es un campo de investigación cuyo objeto de estudio es el uso óptimo de los recursos para la atención de la enfermedad y la promoción de la salud. Su tarea consiste en estimar la eficiencia de organización de los servicios de salud y sugerir formas de mejorar esta organización”* (Zea, 2008)³².

Los riesgos financieros en la prestación del servicio de salud generan altos costos que no son posibles de afrontar individualmente (Sanhueza, 1997); debido a esto, es necesario el traslado del riesgo por medio del aseguramiento (Sanhueza, 1997). El grado de incertidumbre del riesgo en salud, el cual es medido como variable potencial entre los niveles de bienestar, es extremadamente alta en comparación a otros eventos inciertos (Sanhueza, 1997).

³¹El autor tiene en cuenta el modelo Michael Grossman para analizar el capital de salud. El modelo establece que es que si la depreciación del capital aumenta con la edad, entonces este tiende a disminuir el curso de vida. Para aplicar el concepto capital de salud al curso de vida y al envejecimiento en particular, es pertinente describir los constituyentes básicos del capital y los factores depreciadores.

Los factores depreciadores dependen de las inversiones pertinentes y oportunas que las personas realicen en su activo de salud heredado. Su eficacia y registro se realiza con en términos cuantificables sobre los estilos de vida y el tipo de cuidados adquiridos por las personas

³² Esta definición es tomada del trabajo de Selma Mushkin en 1958 sobre el análisis de los mercados en salud, su producción, políticas gubernamentales, regulación y salud pública.

Si bien es cierto el aseguramiento tiene como objetivos proteger a las personas contra la carga financiera de la enfermedad e incrementar el acceso a los servicios de salud (Dor and Umapathi, 2014 citado por (Caicedo, 2016). Aun así, no ha sido concluyente frente a las expectativas de la prestación del servicio de salud (Dor and Umapathi, 2014 citado por (Caicedo, 2016).

El traslado del riesgo financiero responde a dinámicas económicas distintas que surge de la relación entre demandantes y oferentes, alrededor de un bien que determina automática y espontáneamente el precio y la cantidad optima de intercambio (Pinilla, 2010). El mercado de consumo de cualquier bien provee una utilidad marginal decreciente, es decir, consumir más del mismo bien disminuye el grado de satisfacción de cada unidad adicional (Pinilla, 2010).

La lógica de consumo no es aplicable para la prestación del servicio de salud, en virtud de que la cantidad de asistencia es un deterioro no deseado. En otras palabras, no representa un beneficio, sino que los cuidados médicos, preventivos, curativos o terapéuticos, tienen un carácter instrumental para mejorar el estado de salud (Pinilla, 2010)

La demanda del servicio es derivada e inelástica que impide al oferente saber lo que la gente desea comprar y el valor que representa el consumo (Pinilla, 2010). La oferta del servicio opera en un mercado imperfecto, en el cual el Estado y el sector privado tienen diferente interés de financiamiento (Vilosio, 2009).

Por lo tanto, el oferente tiene mayor conocimiento sobre el estado de salud que el paciente³³ (Vilosio, 2009) y el tiempo al ser una variable que determina las características del consumo y los costos del servicio. La relación de agente y la lógica de los seguros tiene connotaciones diferentes en el SGSSS y en las Pólizas de Seguros de Salud (Vilosio, 2009).

³³ El oferente adquiere una posición dominante cuando tiene mayor conocimiento sobre el tipo de servicio requerido por un paciente. Tal posición se prolonga cuando hay poca oferta en el servicio (Vilosio, 2009). En consecuencia, las personas para acceder a los servicios de salud demanda curación, tratamiento y rehabilitación; mientras que los médicos indican practicas preventivas, de diagnóstico y terapéuticas (Vilosio, 2009).

2.2. Diversificación financiera en el sector público cobertura del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

La relación de agente en el sector público se lleva por medio de políticas públicas³⁴ (Defensoría del pueblo, 2010). Estas deben contar con variables de eficiencia y equidad que permitan la universalidad de la prestación del servicio de salud (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001).

La evaluación económica de acciones, programas y tecnologías en salud debe tener en cuenta la diferencia entre cuanto se gasta en salud³⁵ y cuánto debe gastarse³⁶, para establecer una equitativa asignación de los recursos a partir de las dinámicas del mercado (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001).

³⁴Existen una amplia gama de conceptos sobre políticas públicas. Para efectos de esta investigación se tendrá en cuenta la definición del profesor Raúl Velásquez de la facultad la Facultad de Ciencia Política y Gobierno del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario: *una política pública puede considerarse como la articulación de tres escenarios: decisiones, acuerdos y acciones. Toda actuación política está dirigida a afectar una realidad particular.*

Las políticas públicas son adaptadas por autoridades públicas con o sin la intervención de los particulares y se orientan a abordar, tratar o solucionar un problema que ha sido definido como relevante. Es un ejercicio de poder encaminado a tratar los puntos más importantes para ciertos sectores y en determinadas coyunturas.

³⁵ Es la comparación entre los recursos destinados por cada país y el sistema implementado en la prestación del servicio de salud (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001) Esta temática se abordó en los años 70 por Brian Abel Smith de London School of Economic que implementó un sistema de cuentas nacionales para resolver la problemática de cómo medir el gasto e ingreso en salud (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001).

³⁶ Los recursos asignados al sector salud deben ser proporcionales al tamaño del PIB (Producto Interno Bruto), es decir, cada país debe gastar en salud de acuerdo a sus posibilidades. Permite así una correlación entre el gasto en salud en función con el ingreso.

Por lo tanto, el ingreso per cápita debe ser considerado como una variable independiente y el gasto en salud como una variable per cápita dependiente (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001).

Las dinámicas del mercado constituyen la no previsión del consumo³⁷, no elección racional³⁸, no aprendizaje³⁹, la ética anticompetitiva⁴⁰, las barreras de ingreso, no estructuración de los precios relativos⁴¹ y la información asimétrica⁴² (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001).

Los agentes del SGSSS son los consumidores, proveedores, el patrocinador, los aseguradores y el regulador (Caicedo, 2016); estos tienen como finalidad equilibrar los costos en salud de las personas con diferentes ingresos y estados de riesgo. La teoría del seguro contempla los planes de salud, son la modalidad contractual para acceder a la prestación del servicio por medio del financiamiento de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) (Caicedo, 2016).

Los consumidores son los afiliados al régimen contributivo y subsidiario del SGSSS (Caicedo, 2016); la competencia como característica de los mercados de aseguramiento, se reduce en la medida en que los consumidores no cambian de proveedores cuando perciben que los servicios son heterogéneos (Caicedo, 2016).

Por lo tanto, los consumidores tienen mayor información sobre su estado de salud que los proveedores, cuyo incentivo en la demanda de la prestación del servicio resulta imperfecta y costosa (Caicedo, 2016).

Los proveedores son las instituciones prestadoras de servicio (IPS) (Caicedo, 2016). El patrocinador es el intermediario de los consumidores y los planes de salud, en el régimen

³⁷ El nivel epidemiológico estudia la demanda de la prestación del servicio desde los grupos poblacionales, en el entendido en que es irregular e imprevisible que no es viable estudiarse desde el individuo (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001).

³⁸ La demanda de la atención en salud surge de una circunstancia anormal que puede comprometer la racionalidad de la decisión del consumidor (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001).

³⁹ El consumo de la prestación del servicio de salud involucra tanto al asegurador como al paciente (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001) En consecuencia, el paciente no puede utilizar experiencias anteriores para eliminar el riesgo, en caso de requerir el servicio de salud cuando su salud se vea afectada (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001).

⁴⁰ Restringen el volumen de información para que el consumidor tome sus decisiones en la prestación del servicio de salud (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001).

⁴¹ la atención médica también tiene discriminaciones de precios, es decir, el cobro diferenciado para un mismo tipo de servicio (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001).

⁴² La atención médico-paciente se basa en que el primero sabe más sobre el estado de salud que el paciente mismo (Tobar, ¿para qué sirve la economía de la salud?, 2001).

subsidiado el patrocinador es el Estado a través del fondo de compensación e impuestos generales y en el régimen contributivo es el empleador con el esquema de cotización (Caicedo, 2016)

Los aseguradores son las Entidades Prestadores de Salud (EPS) que comparten los riesgos sobre los gastos en salud (Caicedo, 2016). El regulador establece las reglas de organización del mercado en lo que concierne a la prestación del servicio (Caicedo, 2016).

La lógica de los seguros pretende el equilibrio entre la oferta y la demanda de cubrimiento, para evitar el riesgo moral y la selección adversa que se genera por la asimetría de la información que se evidencia en primer lugar entre el proveedor y asegurado; en segundo lugar entre los planes de salud con el patrocinador (Caicedo, 2016).

El riesgo moral son los gastos médicos excesivos que incurre el asegurado una vez este afiliado, esto se debe a que el precio es menor para el usuario en comparación con la aseguradora a la hora de sufragar el servicio de salud (Caicedo, 2016).

En cambio la selección adversa surge cuando se asegura personas de bajo riesgo y excluyen a las personas de alto riesgo, con la finalidad de prevenir lo menos posible los gastos en la prestación del servicio de salud (Caicedo, 2016).

Para evitar la selección de estos riesgos que se derivan de la competencia de mercado, ha sido necesario comprender la relación entre el aseguramiento y los resultados en salud (Schansberg, 2014 citado por (Caicedo, 2016)⁴³. El mecanismo implementado en el SGSSS ha sido la competencia regulada que se caracteriza por diez condiciones de operatividad.

⁴³ De acuerdo con Schansberg las características de los mercados de aseguramiento y servicio de la salud funcionan a partir de tres elementos (Caicedo, 2016). El primero establece que la demanda de los servicios médicos individuales presenta una alta elasticidad (Caicedo, 2016). Es diferente para el tipo de proveedor porque la competencia se reduce cuando el consumidor percibe que los servicios son heterogéneos (Caicedo, 2016)

En segundo lugar, las barreras de entrada son significativas, puesto que los consumidores tienen limitado acceso hacia los proveedores, cuando estos se requieren importantes recursos para ingresar en el mercado (Caicedo, 2016). Finalmente, el aumento de los costos por parte las compañías de aseguramiento en salud han sido criticadas por sus beneficios (Caicedo, 2016).

⁴³ Es el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al SGSSS para cubrir las prestaciones del PBS de los regímenes contributivo y subsidiado. En la resolución 6408 de 2016 el valor anual del año 2017 tuvo

Estas condiciones son la libre elección del asegurador por parte del consumidor; información para el consumidor y transparencia en el mercado; riesgo compartido entre compradores y vendedores; mercados competitivos; libertad para contratar e integrarse; regulación efectiva de la competencia (van de Ven, et al., 2013 citado por (Caicedo, 2016).

Igualmente se encuentran subsidios cruzados sin incentivos para la selección de riesgo; subsidios cruzados sin oportunidades para beneficiarse del sistema sin la correspondiente contribución; supervisión efectiva de la calidad y acceso garantizado a los servicios básicos (van de Ven, et al., 2013 citado por (Caicedo, 2016).

Los planes de salud⁴⁴ son el paquete de beneficios, prestaciones y servicios (Moreno, 2010). La finalidad de estos planes es financiar la cobertura de una lista estándar de beneficios con la Unidad de Pago por Capitación UPC⁴⁵ (Moreno, 2010). Su financiamiento lo realiza el Estado para responder a los precios y contratos, basados en incentivo del comportamiento de los agentes en la calidad de la prestación del servicio de salud (Moreno, 2010).

El carácter implícito o explícito de un plan de salud es una forma de priorizar el gasto en salud (Banco Interamericano de Desarrollo, 2014). Los recursos públicos comprende la difusión de nuevas tecnologías que son decisivas para la calidad de atención y representan un impacto presupuestario que amenaza la sostenibilidad de los sistemas de salud (Banco Interamericano de Desarrollo, 2014).

Existen herramientas de priorización que le permiten al Estado tomar decisiones explícitas, acerca de cuáles tecnologías sanitarias se deben financiar con recursos públicos (Banco Interamericano de Desarrollo, 2014). Tales herramientas son de aplicación complementaria y estandarizado (Banco Interamericano de Desarrollo, 2014).

La aplicación complementaria consiste en la evaluación de los beneficios y costos de nuevas tecnologías por parte de las instituciones que conforman el sistema de salud (Banco Interamericano de Desarrollo, 2014). La aplicación estándar es la definición explícita del tipo

un incremento del 8,20% para el régimen contributivo cuyo valor es de 746.046,00 pesos; mientras que para el régimen subsidiado es de 667.429,20 pesos. Boletín de prensa No 274 de 2016. Ministerio de salud.

de servicios que se van a financiar con recursos públicos (Banco Interamericano de Desarrollo, 2014).

El Ministerio de Salud en la resolución 6408 de 2016 actualizó el Plan de Beneficios de Salud con cargo de la Unidad de Pago por Capitación (ConsultorSalud , 2017) Esta lista paso de ser implícita de beneficios a ser explícita de exclusiones (ConsultorSalud , 2017).

La actualización del plan de salud tuvo en cuenta el sistema de información integral SISPRO⁴⁶, la inclusión de evaluación de tecnologías en salud (ETES)⁴⁷ y análisis de tecnológicas derivadas de recomendaciones de Guías de Práctica Clínica (GPC)⁴⁸ (ConsultorSalud , 2017).

La orientación financiera del Plan de Beneficios de Salud en materia de suministros médicos se realiza con el Valor Máximo de Reconocimiento (VMR); el cual permite conocer el valor de referencia de cualquier grupo de medicamentos⁴⁹ (ConsultorSalud , 2017)

Este valor se calcula considerando el valor promedio ponderado en estadísticas de posición de valores y frecuencias reportadas en el Sistema de Información de Precios de

⁴⁶El Sistema Integral de Información de la Protección Social es una herramienta que permite obtener, procesar y consolidar información necesaria para la toma de decisiones que apoyen la elaboración de políticas públicas, el monitoreo regulatorio y la gestión de servicios en cada uno de los niveles y los procesos esenciales del sector: aseguramiento, financiamiento, oferta, demanda y uso de servicios (ConsultorSalud , 2017).

⁴⁷ Este sistema evalúa medicamentos, dispositivos, medios de diagnóstico, reactivos, suministros médicos y quirúrgicos, procedimientos, sistemas de apoyo, organización y gestión, utilizados en la prevención, detección, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de una enfermedad (ConsultorSalud , 2017)

⁴⁸Las guías de práctica clínica son recomendaciones que intentan asistir a los proveedores de salud. *El Institute of Medicine de la National Academy of Sciences* de los Estados Unidos establece que “las guías de práctica clínica son declaraciones que incluyen recomendaciones orientadas a optimizar la atención de los pacientes, informadas con base en una revisión sistemática de la ‘evidencia’ y una valoración de los beneficios y riesgos de opciones alternativas de atención”. (ConsultorSalud , 2017).

⁴⁹ El artículo 42 de la resolución 6408 de 2016 establece que la clasificación de las forma farmacéuticas debe estar acorde con las vías de administración, estado y forma de liberación del principio activo (ConsultorSalud , 2017). Su prescripción debe estar acorde con las guías de práctica clínica aprobadas por el Ministerio que tendrán el criterio del médico tratante, sin que sea una restricción a la autonomía médica (ConsultorSalud , 2017).

Medicamentos (SISMED)⁵⁰. Se ajusta por dosis promedio de prescripción y las frecuencias reportadas en la base de prestación del servicio que se utiliza para el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación (ConsultorSalud , 2017)

La actualización de la Unidad de Pago por Capitación se realiza con la información otorgada por SISPRO que configura un panel que contiene la información de tres fuentes primarias que son: la Base de Datos Única de Afiliación (BDUA)⁵¹, la Planilla Integrada de Liquidaciones y aportes (PILA)⁵² y la base de estudio para el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación que se actualiza anualmente por parte del Ministerio de Salud y Protección Social (ConsultorSalud , 2017).

La base de estudio realiza el cálculo de suficiencia e implementa mecanismos de ajuste para garantizar la cobertura del Plan de Beneficios de Salud (Gutiérrez, 2016). Esta base de datos contiene detalladamente información relacionada con el consumo de servicio de salud que se demanda en cada una de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) (Gutiérrez, 2016).

La información que contiene es el tipo de afiliado (beneficiario o cotizante) que demanda un determinado servicio, teniendo en cuenta lugar, fecha, diagnóstico e IPS que presto el servicio y valor pagado por la EPS (Gutiérrez, 2016) .

No obstante, con la actualización anual de la Unidad de Pago por Capitación el aseguramiento presenta fallas que se derivan del mercado, que obstaculizan la eficiente protección financiera de los individuos adversos al aseguramiento (Arrow, 1963, citado por

⁵⁰ Es una herramienta de apoyo a la política de regulación de precios de medicamentos, su función es controlar de manera efectiva el incremento de los precios a través de la cadena de comercialización (ConsultorSalud , 2017).

⁵¹ Esta base de datos tiene información plenamente actualizada en la que se encuentra identificados los afiliados de los regímenes contributivo y subsidiado (ConsultorSalud , 2017). La función primordial de esta base en la de realizar la compensación de los afiliados a cada una de las Entidades Prestadoras de Salud mediante la información demográfica de cada afiliado y su estado de afiliación (ConsultorSalud , 2017).

⁵² Es un sistema implementado por el Ministerio de salud que pretende facilitar el pago de los aportes al sistema (pensiones, salud, riesgos profesionales y aportes parafiscales, mediante transferencia electrónica de pago integrado que reemplaza el diligenciamiento de una planilla electrónica (Ministerio de salud y la Protección Social , 2016)

(Gutiérrez, 2016). Una de estas fallas es el riesgo moral, por lo que lleva a establecer coberturas parciales a través de la inclusión de riesgos compartidos (Pauly, 1968; Blomqvist, 1997; McGuire, 2011 citados por (Gutiérrez, 2016).

Los costos compartidos en el SGSSS son de dos clases: el primero es la cuota moderadora⁵³ que es el valor fijo que se paga cada vez que se utiliza alguno de los servicios del Plan de Beneficios en Salud, su finalidad es regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso promoviendo en los afiliados la inscripción de programas de atención integral desarrollados por las Entidades Promotoras en Salud (Gutiérrez, 2016) .

El segundo es el copago que corresponde a un porcentaje del valor del servicio cubierto por el Plan de Beneficios en Salud, el cual ayuda a financiar los regímenes contributivo y subsidiado (Gutiérrez, 2016) .

Los niveles de cobertura y los costos compartidos del sistema de salud no están diseñados de manera óptima (Ellis et al., 2015 citado por (Gutiérrez, 2016). Estos costos generan problemas de acceso cuando se pretende disminuir los efectos del riesgo moral generado por el aseguramiento (Nyman, 1999 citado por (Gutiérrez, 2016).

Situación que involucra el grado de cobertura ofertada por las Pólizas de Seguros de Salud cuyo servicio privado es de interés público. Por lo tanto, los incentivos para adquirir estos planes consiste en que su financiamiento por parte del afiliado, permite que estos recursos se conviertan en una forma indirecta de captar capitales adicionales a las cotizaciones obligatorias para la inversión en salud⁵⁴ (Pinzon, Vargas, & Zarruk , 2013)

El sistema de salud público se diferencia del aseguramiento privado a partir de tres condiciones: afiliación obligatoria que vincule a la mayoría de la población; definición de

⁵³ El valor que debe pagar cada afiliado cotizante se establece de acuerdo con el ingreso base de cotización (IBC). Existen tres niveles de clasificación nacional: el nivel I corresponde aquellos afiliados que devengan entre uno y dos salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV); el segundo nivel entre 2 y 5 SMMLV y el tercer nivel entre de 5 o más SMMLV (Gutiérrez, 2016).

⁵⁴ En otras palabras, el comportamiento del consumidor sobre el impacto de la cobertura y la calidad de los servicios ofertados, genera una externalidad positiva que refleja un porcentaje de ahorro significativo frente al gasto del PBS; por ende, la obligatoriedad de la contribución al SGSSS y el efecto de sustitución entre el uso del PBS y el PVS, crea una liberación de los recursos financieros para que sean redistribuidos hacia la población más necesitada (Pinzon, Vargas, & Zarruk , 2013).

una prima de aseguramiento a nivel comunitario sin tener en cuenta el riesgo individual (community rating), y afiliación abierta (open enrollment) que permita la vinculación de la población en un mercado estructurado competitivamente (Breyer, 2014 citado por (Caicedo, 2016).

2.3. Diversificación financiera sector privado cobertura pólizas de seguros de salud

En el Sector privado la relación agente se desarrolla en condiciones de asegurabilidad, es decir, para que para una persona pueda afiliarse debe cumplir con los requisitos y políticas que fija la compañía, como el cuestionario médico, las pruebas médicas y normas de suscripción (Ruiz J. H., 2015) .

En las Pólizas de Seguros de Salud la morbilidad de los grupos asegurables es la base de selección, básicamente es el número de personas o individuos considerados enfermos en un espacio y tiempo determinados (Ruiz J. H., 2015).

El asegurador como persona jurídica debidamente autorizada⁵⁵ asume los riesgos para participar en el mercado asegurador; se caracteriza por la asunción de un conglomerado de riesgos, los cuales son amparados a cambio de una contraprestación económica denominada prima (Cárdenas, Los seguros en Colombia. , 2010).

De ahí, su viabilidad financiera y económica surge en cálculos de los promedios y proporciones que resultan de la realización en su conjunto, es decir, cada contrato de seguro fundamenta la institucionalidad empresarial de la aseguradora. (Sánchez, Elementos esenciales para la construcción de un sistema de seguros, 2016).

Para participar en este mercado la aseguradora debe constituirse bajo una sociedad anónima mercantil o asociación cooperativa (EOSF. Art.39 y 108 numeral 3). El objeto social de estas compañías debe ser la realización de operaciones de seguro bajo las

⁵⁵ La Superintendencia Financiera por disposición del artículo 335 de la Constitución Política es la autoridad encargada de supervisar el mercado asegurador; una de sus funciones es la de autorizar los ramos, pólizas o tarifas de seguros en los casos que hubiere lugar conforme al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF, Art.326 Numeral 2).

modalidades y ramos facultados expresamente (circular externa 007 de 1996, capítulo I, numeral primero).

Las aseguradoras para respaldar las obligaciones que han contraído con los asegurados debe establecer reservas técnicas (Cuevas , 2011). El régimen de reservas es el conjunto de normas prudenciales que exige el mercado asegurador (Cuevas , 2011).

El tipo de reservas que permite a las aseguradoras identificar y cuantificar las obligaciones suscritas son: la reserva de primas, de siniestros, de gasto, reservas matemáticas, de descalce, desviación y estabilización (Cuevas , 2011).

La reserva de prima consiste en la porción de la prima que en la fecha del cálculo, no ha ingresado en el patrimonio de la aseguradora (Cuevas , 2011). Dentro del grupo de esta reserva, la más utilizada es la prima no devengada (Cuevas , 2011).

Esta reserva tiene como finalidad distribuir el ingreso de la compañía, en función del periodo en que estará expuesta al riesgo asegurado. En otras palabras, se ajusta el resultado de la aseguradora cuando asigna la utilidad de la prima al periodo en que fue devengado por el afiliado (Cuevas , 2011). Por lo tanto, prima devengada se determina tomando la cuantía de la prima emitida, descontándole los saldos de la prima no devengada (Cuevas , 2011).

Existen distintas metodologías para realizar el cálculo de esta reserva (Cuevas , 2011). Esta deben estimar la proporción de la prima aun no devengada por el hecho de que el riesgo cubierto sigue expuesto (Cuevas , 2011).

El método “póliza a póliza” asume que el riesgo y consecuentemente la prima se distribuyan uniformemente a lo largo del periodo de cobertura (Cuevas , 2011). El método “veinticuatro-avo” funciona sobre conceptos agregados y bajo el supuesto simplificador de que la prima recaudada, se emite a mitad del periodo que se suscribe en el contrato (Cuevas , 2011).

La reserva de siniestros es un pasivo constituido que refleja el costo estimado de los riesgos que se efectuaron y que aún no se han pagado. En estas reservas se incluyen los siniestros avisados y no avisados (Cuevas , 2011).

La aseguradora obtiene información adicional cuando efectúa el pago de un siniestro (Cuevas , 2011); adicionalmente la entrega de cierta documentación requerida al asegurado, permite una asignación directa entre el siniestro y la póliza, dando paso a que estas reservas se clasifiquen en siniestros avisados con información suficiente, siniestros avisados en procesos de liquidación y siniestros liquidados pendiente de pago (Cuevas , 2011).

La reserva de gasto se constituyen para sufragar egresos propios de la operación administrativa de la aseguradora, hasta terminar de liquidar los compromisos pendientes por las aseguradoras en las que suscribieron en el contrato de seguros (Cuevas , 2011).

Las reservas matemáticas representan el pasivo que la compañía tiene con sus asegurados (Cuevas , 2011). Conceptualmente equivale a la acumulación (con intereses) de las primas percibidas en exceso del riesgo de cada año para hacer frente al riesgo futuro (Cuevas , 2011).

Existen distintos métodos para realizar el cálculo de estas reservas (Cuevas , 2011). El método retrospectivo establece que la reserva equivale a la diferencia entre el valor final y el riesgo ocurrido (Cuevas , 2011). El prospectivo equivale a la diferencia entre el valor actual de la cobertura futura y el valor de las primas a percibir (Cuevas , 2011).

El método de acumulación establece que la reserva al cierre de un periodo, equivale a la reserva vigente, cuando el cierre del periodo se incrementa en el valor de la prima y los intereses acreditados disminuye en el valor del riesgo que se encuentra expuesto (Cuevas , 2011).

La reserva de desenlace busca financiar a las aseguradoras con recursos adicionales para afrontar eventuales pérdidas, las cuales surgen de la reinversión a bajas tasas que no tienen soporte financiero con los pasivos correspondientes (Cuevas , 2011).

Las reservas de desvíos siniéstrales consisten en que las primas puras se calculan de promedios históricos (Cuevas , 2011). Estas reservas son aplicadas a riesgo de alta frecuencia y alta intensidad, circunstancia que favorecen la existencia de desvíos en el promedio del siniestro (Cuevas , 2011).

Además, estas reservas buscan financiar a las aseguradoras por imprevistos graves que se generen sobre sus coberturas contratadas. En cambio, las reservas de estabilización se

aplican a riesgos de naturaleza cíclica que vinculan elementos eventos asegurables en un año (Cuevas , 2011).

El régimen vigente de reservas en Colombia exige que las aseguradoras constituyan cuatro tipos de reservas. La reserva de riesgos en curso que es el valor a deducir del monto de la prima neta retenida, con el propósito de proteger la porción del riesgo correspondiente a la prima no devengada (Artículo 186 del EOSF).

En esta reserva se aplica el sistema de octavos que se caracteriza por emitir la póliza a la mitad del trimestre y se calcula con base en las fracciones de octavo de prima no devengada, tomando como base el 80% en la prima neta retenida (Cuevas , 2011).

La reserva matemática es la diferencia entre el valor actual del riesgo futuro a cargo del asegurador y el valor de las netas pagadas por el asegurado (Artículo 186 del EOSF). La reserva para siniestros cuantifica los recursos necesarios, para garantizar el pago de los siniestros ocurridos en el periodo contratado (Cuevas , 2011).

El monto de reserva corresponde en primer lugar a la sumatoria del valor estimado de la indemnización, obligación de la aseguradora para efectuar el pago por cada siniestro avisado (Cuevas , 2011). En segundo lugar, el valor promedio de la parte retenida de los pagos efectuados en los últimos tres años, por concepto de siniestros no avisados de vigencias anteriores, expresados en términos de un periodo base (Cuevas , 2011).

Finalmente, la reserva de desviación de siniestralidad se encarga de cubrir riesgos de siniestralidad poco conocida altamente fluctuante, cíclica o catastrófica (Cuevas , 2011). La indemnización del siniestro en las pólizas de seguros de salud, depende del grado del riesgo que la aseguradora está dispuesta sumir, en el entendido en que la cobertura ofertada en el contrato de seguros se delimita entre su estado de salud del afiliado y su capacidad del pago.

En el sector privado es viable la selección del riesgo que es el grado de afectación del estado de salud por factores como el índice de masa corporal, toxicología, ejercicio físico, etc. (Ruiz J. H., 2015). Estos factores permite delimitar el riesgo para identificar posibles preexistencias a la hora de suscribir una póliza de salud (Ruiz J. H., 2015).

La fijación de la tarifa de una prima de seguros requiere de unos elementos intrínsecos e extrínsecos que son fijados a partir de la capacidad de pago del afiliado. Los elementos intrínsecos son la edad, el género y la zona geográfica; los dos primeros permiten identificar la exposición de la compañía al riesgo, el costo del seguro y los límites de aceptación⁵⁶ (Ruiz J. H., 2015).

El tercer elemento condiciona el precio que depende de la oferta/demanda de proveedores sanitarios que existen en la zona (Ruiz J. H., 2015). Esto permite negociar en mayor o menor medida los precios de los profesionales de la salud⁵⁷. (Ruiz J. H., 2015).

Los elementos extrínsecos son el copago, los grupos colectivos y limitación de cobertura (Ruiz J. H., 2015). El primero es una forma de participación en el gasto de la prestación del servicio, el afiliado pagara una cantidad menor para obtener una reducción de la cuota fija que beneficie a la compañía (Ruiz J. H., 2015).

El segundo consiste en que el pago colectivo reduce significativamente la cuota de la prima (Ruiz J. H., 2015). El último elemento, es una forma de reducir los costos de salud, es decir, menor número de coberturas, menor pago de prima al surgir una limitación del servicio y el gasto (Ruiz J. H., 2015).

El régimen de libertad de competencia permite a las compañías de seguros seleccionar de forma autónoma el riesgo a partir de su experiencia económica y técnica en el mercado asegurador (artículo 1056 del Código de Comercio); en otras palabras, gozan de autonomía para establecer las bases técnicas de sus productos y fijar el valor de la prima de seguros (concepto interno No. 2014064222-014,2014).

Así pues, el cálculo de la prima de las Pólizas de Seguros de Salud es sobre la base anual cuyo cambio podrá realizarse en un periodo de doce meses contando desde la fecha de suscripción del contrato (concepto interno No. 2014064222-014,2014).

⁵⁶ considerando por ejemplo que el periodo de fertilidad de las mujeres tiene un costo superior al de los hombres, siendo equiparados en la etapa de la andropausia y menopausia (Ruiz J. H., 2015)

⁵⁷ Asimismo, el número de asegurados que tiene la compañía en una zona geográfica, garantiza la negociación de precios favorables con los proveedores que tiene incidencia en la tarifa de precios de los asegurados (Ruiz J. H., 2015)

La lógica del seguro se evidencia cuando las compañías aseguradoras realizan sus actividades sobre grupos poblaciones, con la finalidad de compensar con una prima comparativamente pequeña, enormes sumas de dinero que se derivan de los siniestros que las aseguradoras se obligan a cubrir en la delimitación del riesgo (Morales, Vicente Merino , Hernandez March, Caballero Carbonel , & Maeno Lorente , 2015).

Las tarifas cobradas por las aseguradoras para el traslado del riesgo, estarán integradas por el comportamiento del mercado, siempre y cuando cumplan con los principios técnicos de equidad, suficiencia, homogeneidad y representatividad (artículo 184 del EOSF).

El principio de equidad establece que la prima y el riesgo deben presentar una correlación positiva a partir de las condiciones objetivas del riesgo (numeral 1.2.2 del Capítulo II del Título IV de la Parte II la Circular Básica Jurídica). El principio de suficiencia hace referencia a que la tarifa debe cubrir razonablemente la tasa de riesgo y los costos propios de la operación como los administrativos, adquisición y de utilidades (numeral 1.2.2 del Capítulo II del Título IV de la Parte II la Circular Básica Jurídica).

El principio de homogeneidad establece que los elementos estadísticos que muestran el objeto de estudio deben tener características comunes de tipo cualitativo y cuantitativo; además, deben cumplir supuestos de aleatoriedad e independencia (numeral 1.2.2 del Capítulo II del Título IV de la Parte II la Circular Básica Jurídica).

El principio de representatividad establece que el tamaño de la muestra debe corresponder a un número objetivo de elementos de la población, garantice un nivel razonablemente significativo y cubra un periodo adecuado cuyo el cálculo de las estimaciones presente un bajo nivel de error (numeral 1.2.2 del Capítulo II del Título IV de la Parte II la Circular Básica Jurídica).

La equivalencia entre los ingresos en forma de primas y lo que se paga por conceptos de perdidas constituyen la ecuación del seguro (Morales, Vicente Merino , Hernandez March, Caballero Carbonel , & Maeno Lorente , 2015). Tal ecuación tiene la aplicación de modelos de valoración de activos financieros que son susceptibles de generar dos problemas (Lohera, 2009).

El primero es que los riesgos objeto de aseguramiento tiene un carácter individual que son diversificados desde la perspectiva de la empresa y no desde el asegurado (Lohera, 2009). El segundo problema es que la verdadera magnitud del riesgo introduce una percepción diferente desde el asegurado y asegurador (Lohera, 2009).

La asimetría de la información permite que el aseguramiento sea por selección adversa. La información preferencial de la aseguradora requiere que los individuos con mayor riesgo adquieran coberturas más amplias, a partir de la oferta de un contrato calculado para un riesgo promedio; es decir, la selección adversa permite equilibrios por subaseguramiento que proponen un modelo en que incluyan una heterogeneidad de riesgos entre los individuos (Einav y Finkelstein 2011; De Meza y Webb 2001 citado por (Gutierrez, 2016).

Sin embargo, es viable la selección ventajosa que consiste en que los individuos adquieren actitudes más preventivas, cuando compran seguros o los prefieren con mayor cobertura (Hemenway 1990 citado por (Gutiérrez, 2016). En comparación con aquellos que compran menor cobertura, son individuos que tienen menor costo en salud porque son ellos mismos adversos al riesgo (Hemenway 1990 citado por (Gutiérrez, 2016).

La selección ventajosa sobre grupos heterogéneos permite equilibrios caracterizados con sobre aseguramiento. (Einav et al. 2013 citado por (Gutiérrez, 2016). Anticipa el comportamiento del riesgo moral antes de la compra del seguro y así aumentar su probabilidad de adquisición (Einav et al. 2013 citado por (Gutiérrez, 2016).

Existen tres tipos de riesgo moral que son: “*ex ante*” (propuesto por Ehrlich y Becker 1972 citado por (Gutierrez, 2016) hace referencia a la situación previa a la llegada de la enfermedad que induce al afiliado a omitir practicas preventivas por el hecho de tener aseguramiento (Gutierrez, 2016).

El riesgo moral “*ex post*” se presenta cuando la enfermedad hace que la atención medica sea menor y por consiguiente aumente los servicios en salud (Zweifel y Manning, 2000 citado por (Gutierrez, 2016); finalmente, el riesgo moral dinámico que es menos frecuente , se presenta cuando el individuo tenga mayor preferencia de escoger tecnología de

mayor gama en la prestación del servicio de salud (Goddeeris 1984; Baumgardner 1991 citado por (Gutierrez, 2016).

Por lo tanto, la brecha de cobertura entre los sectores público y privado genera un debate sobre el subsidio de los Planes Voluntarios de Salud, en el sentido en que su cobertura complementaria o suplementaria ofrezca un sistema de ahorro que compense los gastos públicos (Gutierrez, 2016).

La cobertura de un plan voluntario es complementaria cuando los factores del riesgo heredado y gusto por las actividades de prevención, permite identificar a las aseguradoras que los asegurados tienen un riesgo menor en salud al suscribir planes coberturas en que admita un aumento en los gastos de salud que da lugar a la selección ventajosa (Gutierrez, 2016).

En cambio, disminuye los gastos si la articulación de la cobertura es suplementaria en condiciones de selección adversa (Gutierrez, 2016). En los casos intermedios, en donde coexisten la complementariedad y subsidiariedad entre los seguros públicos y privados, el efecto de ahorro en los gastos de salud no es significativo (Gutierrez, 2016)

Al coexistir la cobertura complementaria y suplementaria en estos sectores, cuando surge selección adversa en el mercado, se requiere un cambio articulado en la cobertura del sistema de salud público para garantizar hacia una mayor cobertura suplementaria en los planes voluntarios de salud que permita disminuir el gasto público (Gutierrez, 2016).

Se concluye que el financiamiento del servicio de salud por parte de los dos sectores depende de la diversificación del riesgo financiero, que afecta el capital de salud de una persona e influye en el grado de acceso y cobertura, dado que coexisten aseguramiento complementario y suplementario en la prestación del servicio.

En este sentido, en el sector público la diversificación del riesgo es comunitaria, ya que el traslado del riesgo debe garantizar la optimización de sus recursos. Tal diversificación permite expectativas de universalidad del servicio en términos de eficiencia y equidad por medio de la afiliación obligatoria y la asignación de un plan homogéneo de salud que se oferte de acuerdo con el nivel epidemiológico de los grupos poblacionales.

Con la finalidad de evitar que en el aseguramiento surjan gastos morales que impidan el uso racional de los recursos y la selección adversa que excluya de acuerdo con el grado de enfermedad segmentos importantes de la población.

En cambio, la diversificación del riesgo financiero en el sector privado es individual, en virtud de que los riesgos en salud, generados por la asimetría de la información, permite la existencia de mercados contingentes, en los cuales por medio de la libre competencia, no limite la capacidad del mercado para suscribir contratos que correlacionan la capacidad de pago del afiliado y el tipo de cobertura y exclusiones que ofertan las aseguradoras.

3. CAPITULO III SERVICIO DE SALUD

3.1. Servicio publico

La salud tiene dos connotaciones, la primera como derecho fundamental y la segunda como un servicio público (Dromi citado por (Ruiz J. L., 2010). Esta segunda connotación involucra grado de intervención por parte del Estado en la ejecución de obligaciones que reconozca el alcance del derecho a la salud. (Ruiz J. L., 2010).

El servicio público es la prestación, esencial, general, regular, continua y obligatoria que pretenden cubrir necesidades públicas o de interés general en la que pueden concurrir los particulares bajo el control y vigilancia del Estado (Ruiz J. L., 2010).

La obligatoriedad del servicio exige obtener sostenibilidad financiera en la racionalización del gasto público, que permita mejorar la calidad de vida de los habitantes (Constitución Política, 1991, Art. 49); y así evitar que las alteraciones financieras afecten el núcleo esencial de los derechos humanos (Constitución Política, 1991, Art. 366).

La noción del servicio público obedece a una razón pública, es decir, se encuentra en íntima relación con el ser del Estado para garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida (Ruiz J. L., 2010). La prestación de un servicio público aun en los particulares, por delegación o autorización de competencias, debe tener en cuenta tanto la finalidad el Estado como la que persigue el prestador (Ruiz J. L., 2010).

La finalidad del Estado en la prestación de la salud como un servicio público esencial, obedece a que la seguridad social es un derecho irrenunciable que se lleva a cabo con los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad (sentencia T- 201 de 2009). Estos principios compromete la integralidad del servicio para que sea garantizado de manera continua sin ningún de tipo de interrupción abrupta (sentencia T- 201 de 2009).

La finalidad del particular en la prestación del servicio de salud consiste en que la Unidad de Pago por Capitación (UPC) no representa el simple pago por los servicios administrativos de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), sino que es la cuantificación de los servicios en condiciones de homogeneización y optimización, es decir, el cálculo de los costos en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería (Sentencia C-655 de 2003).

La delegación que realiza el Estado para la prestación del servicio público en las entidades del sector privado, no las excluye para obtener una legítima ganancia (Sentencia SU 480 de 1997 citada por la sentencia C-655 de 2003). Por lo tanto, la relación entre las entidades que conforman el SGSSS y los recursos financieros, forman un conjunto inescindible (Sentencia SU 480 de 1997 citada por la sentencia C-655 de 2003).

Para una mayor claridad, no le pertenecen a las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) los dineros recaudados para la prestación del servicio de salud, tampoco hacen parte del presupuesto nacional y de las entidades territoriales (Sentencia C-655 de 2003). Estos dineros hacen parte exclusivamente del SGSSS que financia los regímenes contributivo y subsidiado a partir de contribuciones parafiscales (Sentencia C-655 de 2003).

La salud como servicio público está sujeto a una serie de principios que sustentan tanto el carácter prestacional como fundamental del derecho. Estos principios son: integralidad, universalidad, solidaridad y eficiencia.

El principio de integralidad sustenta la orientación financiera que debe tener las fuentes que integran el sistema de salud (sentencia T-062 de 2006). En razón al desarrollo del carácter prestacional del derecho a la salud, el cual está sujeto a los recaudos de cotización y asignaciones presupuestales (sentencia T-062 de 2006).

Este principio establece que la cobertura del Plan Obligatorio de Salud (POS) debe garantizar la protección integral de las familias en las fases de promoción y fomento a la salud (sentencia T-062 de 2006). También en la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías (Sentencia T-179 de 2000, citada por la sentencia T-062 de 2006).

La atención y tratamiento en salud son integrales en la medida en que se debe garantizar el derecho en condiciones dignas, es decir, contener todo cuidado y suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento del estado de salud (Sentencia T-062 de 2006)

De lo anterior se infiere que el alcance del servicio público en el SGSSS es preservar una existencia en condiciones dignas (Sentencia T-062 de 2006). Para ello es necesario el suministro integral de los medios necesarios y prescripciones médicas aconsejables para los usuarios (Sentencia T-062 de 2006).

Por lo tanto, la integralidad conlleva reconocer derechos fundamentales, para sustraer del amparo constitucional, la obligación de suministrar oportunamente los servicios requeridos. Garantizando dentro de lo razonable y prudente que enseñe la experiencia médica, la recuperación y conservación de la integridad física del paciente (Sentencia T-732 de 1998 citada en la Sentencia T-062 de 2006).

Es necesario reconocer que el principio de integralidad tuvo mayor acogida cuando el carácter prestacional del derecho prevalecía en el acceso y garantía del servicio (sentencia T-737 de 2013). El derecho a la salud cuando adquiere su carácter fundamental autónomo, los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad sustenta el deber del Estado de organizar, dirigir, reglamentar el acceso al servicio de salud (sentencia T-737 de 2013).

El principio de universalidad consiste en asegurar a todas las personas sin distinción alguna en el SGSSS (sentencia T-948 de 2013). Contiene un aspecto objetivo y subjetivo; el primero hace alusión a que el servicio de salud proteja a todos los individuos; el segundo se refiere a la cobertura global de los riesgos y contingencias sociales (sentencia T-948 de 2013).

Estos dos aspectos se complementan con el principio de igualdad. Consiste en la protección equitativa en el financiamiento del servicio, sin distinciones derivadas de la causa que afectan el estado de salud (Sentencia T-948 de 2013). Básicamente hace alusión a las calidades esenciales que debe tener la cobertura de la seguridad social en salud, cuyas contingencias se predicen a todas las personas sin excepción (Sentencia C-575 de 1992, citada por la sentencia T-948 de 2013).

La universalidad se relaciona con la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social (sentencia C-543 de 2007, citada por la sentencia T-948 de 2013). De manera tal, el Estado como principal sujeto pasivo, debe garantizar a todas las personas, las prestaciones de la seguridad sociales en todas las etapas de la vida sin ningún de discriminación (sentencia C-543 de 2007, citada por la sentencia T-. 948 de 2013).

En consecuencia, este principio se debe garantizar en condiciones de igualdad, es decir, amparar a todas las personas frente a los riesgos derivados del aseguramiento en salud (sentencia C-463 de 2008). Bien sea para prevención o promoción en salud o para la protección y recuperación del estado de salud (sentencia C-463 de 2008).

El principio de eficiencia hace referencia a la mejor utilización y maximización de los recursos financieros disponibles en el SGSSS (Sentencia C-463 de 2008). Permite lograr y asegurar una mejor prestación de los servicios de salud a toda la población que tiene derecho a la seguridad social (Sentencia C-463 de 2008).

Este principio orienta a que el sistema de salud procure por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud (Sentencia C-313 de 2014).

Si bien es cierto la eficiencia está relacionada con la expresión de rentabilidad financiera, aun así, su proyección debe ser interpretado con los principios de universalidad y solidaridad que rigen la prestación del servicio (Sentencia C-313 de 2014).

Tal proyección tiene que ver con la sostenibilidad del SGSSS que exige a los empleadores el cumplimiento de tres obligaciones: descontar los aportes correspondientes a la salud; girarlos a las entidades correspondientes y suministrar información requerida por el

sistema de salud para sustentar la prestación adecuada del servicio (Sentencia C-800 de 2003, citada por la sentencia C-313 de 2014).

Este principio se traduce en el mayor provecho de las herramientas disponibles o en la maximización de los insumos necesarios para la consecución de un resultado de calidad en la prestación del servicio (Sentencia C-313 de 2014). Debe ser aplicada por todos los agentes que intervienen en la protección del derecho a la salud, para lograr en el marco de la fundamentalidad del derecho, la mejor utilización social y económica de los recursos disponibles (Sentencia C-313 de 2014).

La continuidad como principio vinculante en el carácter fundamental del derecho, también se relaciona con la eficiencia del servicio de salud. Esta relación consiste en que no se interrumpa, por cuestiones administrativas o económicas, la optimización de recursos que impide el aumento de riesgo que atente contra la calidad de vida (sentencia T-573 de 2005, citada por la sentencia C-313 de 2014).

El contenido y alcance de la eficiencia en la prestación del servicio de salud se concreta en tres reglas jurisprudenciales. La primera hace referencia a la razonabilidad de los trámites administrativos, es decir, no imponga al interesado una carga que no le corresponde asumir (Sentencia T-745 de 2013, citada por la sentencia C-313 de 2014).

La segunda regla consiste en la gestión de los recursos, no solo involucra mejorar la relación entre los usuarios del sistema de salud, sino en lograr satisfacer de mejor modo la realización del derecho (Sentencia T-745 de 2013, citada por la sentencia C-313 de 2014).

Finalmente, la eficiencia está relacionado con el principio de oportunidad, se caracteriza por guardar una estrecha relación entre el usuario y el acceso a un determinado beneficio del sistema de salud (Sentencia T-234 de 2013, citada por la sentencia C-313 de 2014)

El principio de solidaridad exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, sin importar el sector económico al cual pertenecen y el estricto orden generacional en que se encuentren (sentencia C-111 de 2006).

Este principio contempla dos sub-reglas: la primera consiste en el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir, mediante el aumento razonable de las tasas de cotización, al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos (sentencia C-111 de 2006). La segunda regla contempla la posibilidad de acudir a otras herramientas del sistema de seguridad social en aras de contribuir al bienestar general y el interés común (Sentencia C-111 de 2006)

Tales herramientas son la exigencia proporcional del monto de cotización y el aumento de edad o las semanas de cotización (Sentencia T-111 de 2006). El primero se constituye para evitar afectar el derecho a la seguridad social cuando surgen periodos de carencia (sentencia T-111 de 2006). El segundo se aplica en caso de déficit de los recursos que financia el SGSSS, con sujeción a los parámetros internacionales del derecho al trabajo (sentencia C-111 de 2006).

La solidaridad como valor supremo del Estado Social de derecho y de los derechos constitucionales, abarca un deber que no solo se imponen a las autoridades estatales sino a los particulares (sentencia C-111 de 2006).

Esta obligación se exige con la realización de actuaciones a favor de las personas que se encuentran en condiciones de inferioridad y la protección de intereses colectivos (Sentencias T-550 de 1994 y T-434 de 2002, citadas por la Sentencia C-111 de 2006).

La concepción de solidaridad como un deber, es una derivación de su carácter social y la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo (Sentencias T-550 de 1994 y T-434 de 2002, citadas por la Sentencia C-111 de 2006). Este principio exige del Estado garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas (Sentencias T-550 de 1994 y T-434 de 2002, citadas por la Sentencia C-111 de 2006).

La Corte Constitucional considera que la existencia de este deber constitucional, en cuanto a su aplicabilidad, constituye un criterio hermenéutico obligatorio e indispensable en la aplicación de cláusulas constitucionales que delimitan el alcance de los derechos reconocidos en la Constitución (sentencia T-520 de 2003).

De modo que la solidaridad en materia de salud se manifiesta en el cubrimiento de quienes la ley considera como beneficiarios del servicio, es decir, el Estado, la familia y la sociedad deben contribuir a un eficiente cubrimiento universal en salud (sentencia T-618 de 2000).

El tipo de obligaciones que debe ejecutar los Estados en la prestación del servicio de salud son: obligaciones de efecto inmediato y obligaciones de cumplimiento progresivo (Defensoria del pueblo, 2010). Las primeras son la adopción de medidas que conduzcan a la realización del contenido mínimo esencial del derecho, garantizar su ejercicio sin ningún tipo de discriminación y evitar un retroceso en la realización del derecho (Defensoria del pueblo, 2010).

Las obligaciones de cumplimiento progresivo son la adopción de medidas que destinen hasta el máximo los recursos disponibles para la realización del derecho (Defensoria del pueblo, 2010). Los Estados no pueden aplazar indebidamente la realización del derecho por falta de recursos presupuestales (Defensoria del pueblo, 2010).

El tipo de obligaciones progresivas son: respetar, proteger y cumplir (Defensoria del pueblo, 2010). La obligación de respetar exige a los Estados evitar o impedir, de cualquier forma o medio, los obstáculos que se generen en el disfrute del derecho a la salud y sus factores determinantes (Defensoria del pueblo, 2010).

La obligación de protección consiste en evitar que el ejercicio del derecho a la salud y el disfrute de sus factores determinantes sean obstaculizados por terceros (Defensoria del pueblo, 2010). La obligación de cumplimiento exige a los Estados adoptar medidas legislativas, administrativas y presupuestales que faciliten a los individuos y las comunidades la plena realización del derecho a la salud (Defensoria del pueblo, 2010).

En lo que concierne a la cobertura de las Pólizas de Seguros de Salud, la relación que existe con el Estado es una obligación de protección. En virtud de que la prestación del servicio por parte de la aseguradora, no corresponde ofertarla de acuerdo con las directrices que establece los principios de integralidad, universalidad, solidaridad y eficiencia.

En palabras más específicas, la prestación del servicio no está acorde con la orientación financiera que exige el principio de integralidad, el cual responde a la prestación esencial, general, regular y continua que requiere un servicio público.

Tampoco requiere el aseguramiento total de la población y la cobertura global de los riesgos y contingencias sociales que exige el principio de universalidad. De igual forma, no procede la aplicación del principio de eficacia que consiste en la utilización social y económica de los recursos, porque su rentabilidad financiera no se proyecta desde un enfoque colectivo.

No es procedente exigir a la aseguradora ofertar el servicio de salud desde un enfoque solidario. Toda vez que es un plan voluntario de salud reconocido por la ley, el cual está sujeto a la naturaleza jurídica que identifica un contrato de seguros.

En lo que respecta a la obligación de cumplimiento, las medidas legislativas que adoptado el Estado, en la cobertura de las Pólizas de salud, son respecto al afiliado y a la cobertura. Básicamente establece una serie de condiciones normativas que se requieren para suscribir este tipo de Plan voluntario de salud.

En lo que concierne al afiliado, es deber de las aseguradoras verificar que no se incluyan en las pólizas o los contratos correspondientes, al momento de la suscripción o la renovación del contrato, a personas que no se encuentren cotizando al régimen contributivo del SGSSS (artículo 2.1.13.7, Decreto 780de 2016).

El incumpliendo de este deber acarrea para la entidad la responsabilidad de la atención integral de la salud (artículo 2.1.13.7, Decreto 780de 2016). La entidad queda exceptuada de la prestación del servicio cuando el afiliado se retire del régimen contributivo con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato (artículo 2.1.13.7, Decreto 780de 2016).

Además es deber de las entidades que oferten planes voluntarios de salud reportar al Ministerio de Salud el listado de las personas beneficiarias de estos planes, conforme a la estructura y contenidos definidos por el ministerio (artículo 2.1.13.7, Decreto 780de 2016).

Es importante considerar que se aplica una medida de protección al afiliado a la hora de suscribir un plan voluntario de salud. Esta medida consiste en que las aseguradoras no podrán incluir como preexistencia, enfermedades, malformaciones o afecciones diferentes a las que padecía antes de la fecha de la celebración del contrato (artículo 41 de la ley 1438 de 2011)

En materia de coberturas y exclusiones, las aseguradoras pueden incluir total o parcialmente una o varias de las prestaciones derivadas del riesgo de salud (artículo 169 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 40 de la ley 1438 de 2011). Tales riesgos son: servicios de salud, médicos, odontológicos; pre, pos y hospitalarios o de transporte.

También pueden imponer condiciones diferenciales frente a otros planes de beneficios de salud y otras coberturas de contenido asistencial o prestacional; igualmente podrán cubrir copagos y cuotas moderadoras exigibles en otros planes de beneficios (artículo 40 de la ley 1438 de 2011).

Para ofertar este tipo de coberturas, es pertinente que las aseguradoras realicen un examen de ingreso, previo consentimiento del contratista (artículo 2.2.4.5, decreto 780 de 2016). Con la finalidad de establecer en promedio el estado de salud, para encauzar las políticas de prevención y promoción, excluyendo algunas patologías existentes (artículo 2.2.4.5, decreto 780 de 2016).

A partir de las obligaciones que se generan para el Estado, en el marco del alcance del derecho a la salud, es necesario estudiar la relación que existe entre la cobertura de las Pólizas de seguro de salud con el afiliado.

3.2. Relación con el afiliado.

La relación del afiliado con la cobertura de las Pólizas de Seguros de Salud (PSS) es un derecho condicionado por el principio de la libertad de las partes. Este principio se origina en el consentimiento y capacidad que constituyen los elementos esenciales de un negocio jurídico.

El consentimiento es la manifestación de la voluntad de las partes para adquirir derechos y contraer obligaciones (Ordoqui Castilla , 1998). Involucra el cumplimiento recíproco o unilateral de las obligaciones suscritas en el contrato (Ordoqui Castilla , 1998).

Es diferente la manifestación de la declaración de la voluntad. Se entiende por la primera como la exteriorización de un hecho psíquico y voluntario que trasciende del individuo para surtir efectos ante terceros como valor expositivo (Ordoqui Castilla , 1998).

La declaración hace alusión a los efectos jurídicos de la voluntad manifestada, es decir, tiene una intención que abarca un interés, sobre un resultado que produzca efectos jurídicamente regulados (Ordoqui Castilla , 1998).

Para que exista consentimiento se requiere de tres condiciones. La primera, exige dos o más voluntades declaradas que surjan de intereses opuestos (Ordoqui Castilla , 1998). La segunda, establece que estas declaraciones deben emitirse válidamente y ser recepcionistas, es decir, llegar a la parte que están dirigidas (Ordoqui Castilla , 1998). La tercera condición consiste en la integración recíproca (Ordoqui Castilla , 1998).

Para que exista una voluntad declarada son necesarios dos elementos. El subjetivo es la intención común de las partes, las cuales deben estar en concordancia con el tipo de obligaciones suscritas (Ordoqui Castilla , 1998). El objetivo es la relevancia jurídica que exterioriza la intención común de las partes (Ordoqui Castilla , 1998).

Por lo tanto, la declaración de la voluntad no se limita a su manifestación, sino que requiere un destinatario, en otras palabras, implica la determinación de un receptor (Ordoqui Castilla , 1998). Solo tiene relevancia jurídica, cuando en el negocio suscrito, se constituye la regulación de los intereses prácticos, económicos o sociales que afecta las relaciones jurídicas (Ordoqui Castilla , 1998).

La capacidad como elemento esencial de un contrato es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y ejercerlos (Tamayo Lombana, Parte segunda: condiciones esenciales para la validez del acto jurídico. Capítulo XI La capacidad, 2012). Es un atributo de la persona que responde a dos nociones distintas: la capacidad de adquisición y la de ejercicio.

La primera tiene ver con la titularidad del derecho; mientras que la segunda consiste en poner en práctica un derecho, es decir, la capacidad legal reconocida en el ordenamiento jurídico (Tamayo Lombana, Parte segunda: condiciones esenciales para la validez del acto jurídico. Capítulo XI La capacidad, 2012).

La diferencia entre capacidad de adquisición (goce del derecho) y la capacidad de ejercicio versa en que la primera es la titularidad que tiene toda persona en los derechos subjetivos patrimoniales, sin necesidad de una voluntad reflexiva (Ortiz Monsalve , Unidad Ocho: la Capacidad, 2010). Distinto de la capacidad de goce que está ligada a la existencia de una voluntad reflexiva (Ortiz Monsalve , Unidad Ocho: la Capacidad, 2010).

La autonomía de la voluntad de las partes es la autodeterminación de los intereses particulares para ejercer derecho y adquirir obligaciones (Ruano, 2001). Es la facultad que tiene las partes para celebrar contratos entre sí, cuya consecuencia es la modificación de su situación jurídica patrimonial (Ruano, 2001).

Este principio es una prerrogativa que otorga el Estado para la autorregulación de los intereses y relaciones particulares (Ruano, 2001). En consecuencia, las partes no solo establecen el contenido y finalidad de sus obligaciones, sino que determina los medios y las formas en que se han suscrito un negocio jurídico (Ruano, 2001).

En lo que concierne al contenido y finalidad de las obligaciones suscritas, en el contrato de seguros existen dos obligaciones primordiales que son: el pago de la prima (asegurado) y el pago de la indemnización (aseguradora).

El grado de cumplimiento de estas dos obligaciones depende del grado de responsabilidad de otra serie de obligaciones. El tipo de obligaciones que afecta el pago de la prima son: declaración del estado del riesgo, mantenimiento del riesgo y el cumplimiento de las garantías. En lo que respecta al pago de la indemnización, el tipo de obligaciones que afecta su cumplimiento son: la devolución de la prima no devengada y el estatuto del consumidor.

El pago de la prima es una obligación de tracto sucesivo que el tomador debe realizar dentro del mes siguiente a la entrega de la póliza (artículo 1065, Código de Comercio). La declaración del estado del riesgo se origina antes de la suscripción del contrato (Santamaria & Isnardo, Obligaciones del tomador. Precontractuales , 2016)

Su grado de vinculación se caracteriza por la motivación del asegurado para trasladar el riesgo financiero por medio de la suscripción del contrato (Santamaria & Isnardo, Obligaciones del tomador. Precontractuales , 2016). Dicha motivación debe tener en cuenta

la declaración sincera y veraz de los hechos del riesgo objeto de aseguramiento (Santamaria & Isnardo, Obligaciones del tomador. Precontractuales , 2016).

La declaración sincera de los hechos es de vital importancia para delimitar, acorde con la realidad, el estado del riesgo por parte de las aseguradoras (Santamaria & Isnardo, Obligaciones del tomador. Precontractuales , 2016). El principio de buena fe toma vital importancia cuando el tomador debe constatar a la aseguradora sobre el estado del riesgo (Santamaria & Isnardo, Obligaciones del tomador. Precontractuales , 2016).

Este principio tiene una función equilibradora entre las desigualdades que surgen en los contratantes (Herrera, 2016). Por parte del tomador en incurrir en reticencia o inexactitud en el estado del riesgo y por parte de la aseguradora en exonerarse del pago de la indemnización con los efectos jurídicos de la nulidad relativa (Vega, La mala fe y el fraude en derecho de seguros, 2016)).

La reticencia es un problema contractual que surge con la omisión de información del asegurado a la hora de delimitar el riesgo (Santamaria & Isnardo, Incidencia de la Reticencia en el contrato de seguros, 2016). Dicha retención genera un vicio en el consentimiento en la aseguradora, porque se enfrenta a una distorsión de la realidad en el aseguramiento del riesgo (Santamaria & Isnardo, Incidencia de la Reticencia en el contrato de seguros, 2016).

La inexactitud es una disconformidad o discordancia entre los hechos que se presenta de manera objetiva y la versión subjetiva sobre los hechos que delimitaron el riesgo (Murcia & Reina Parrado , 2004). La declaración inexacta requiere la intención del tomador de distorsionar la verdad de los hechos o circunstancias objeto de aseguramiento (Murcia & Reina Parrado , 2004) .

La nulidad relativa evidencia el vicio del consentimiento que sufre la aseguradora cuando no obtuvo información veraz y transparente sobre el estado de riesgo (Santamaria & Isnardo, Incidencia de la Reticencia en el contrato de seguros, 2016). Para declararla, los hechos encubiertos por el tomador deben ser relevantes para que la aseguradora se hubiera abstenido de contratar o hacerlo en condiciones más onerosas (Santamaria & Isnardo, Incidencia de la Reticencia en el contrato de seguros, 2016).

En caso de que el tomador haya incurrido de buena fe, en un error inculpable sobre la delimitación del riesgo, el contrato no se afectara en validez, pero se reduce la prestación asegurada para así lograr el equilibrio contractual (concepto No. 2010080188-001, 2010).

Si bien es cierto la nulidad relativa pretende proteger los intereses de la aseguradora frente a los hechos fraudulentos del tomador (Vega, La mala fe y el fraude en el derecho colombiano de seguros , 2016). Aun así, está sujeto a los términos del artículo 1081 del código de comercio, los cuales operan como una subsanación de los vicios del contrato por el paso del tiempo y advierte la actitud poco diligente de la aseguradora para verificar el estado del riesgo (Vega, La mala fe y el fraude en el derecho colombiano de seguros , 2016).

Existen diferencias sustanciales entre la declaración del estado del riesgo y la conservación del mismo (Hernandez, 2016). La declaración recae en el tomador mientras que su conservación corresponde al asegurado o beneficiario (Hernandez, 2016).

Por lo tanto, la declaración es un deber de información, en caso de incumplimiento genera nulidad relativa del contrato o la reducción de la prestación asegurada (Hernandez, 2016). Distinto del deber de conservar el estado de riesgo que da lugar a la terminación del contrato (Hernandez, 2016).

Las obligaciones del mantenimiento del estado del riesgo y el cumplimiento de las garantías se originan en la vigencia del contrato. Al igual que la obligación de pagar la prima, su grado de vinculación versa en que el traslado del riesgo sea acorde con el monto de las primas no devengadas.

El mantenimiento del riesgo es la obligación de prolongar el objeto asegurado en equivalentes circunstancias a las que existía al momento del traslado del riesgo (artículo 1074, Código de Comercio). En caso de modificación por causa propia o ajena, se debe informar a la aseguradora para que proceda analizar las condiciones y así ajustar el valor de la prima o en su defecto terminar unilateralmente el contrato (artículo 1074, Código de Comercio).

El cumplimiento de las garantías es la obligación del tomador de abstenerse de realizar un determinado comportamiento que deteriore el riesgo asegurado (artículo 1061, Código de Comercio). También consiste cumplir una exigencia específica para conservar el

estado inicial del riesgo; en caso de incumplimiento procede a la terminación unilateral del contrato (artículo 1061, código de Comercio).

La interrupción de la prestación del servicio es un problema contractual que afecta la obligación del pago de la prima (sentencia T-181 de 2004). Se da por el incumplimiento del pago o por no renovación del contrato (Sentencia T-181 de 2004); en el primer caso, constituye el derecho a la aseguradora de terminar unilateralmente y exigir el pago de la prima no devengada (Sentencia T-181 de 2004).

En el segundo caso, acudiendo a las disposiciones del artículo 41 de la ley 1438 de 2011 el asegurador no podrá terminar el contrato a menos que sea por incumplimiento de las obligaciones suscritas por el tomador. Una lectura más detallada permite deducir que se garantiza la continuidad del servicio a la hora de limitar el derecho que tiene la aseguradora de terminar el contrato.

El pago de la indemnización debe proceder dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado acredite su derecho (artículo 1080, Código de Comercio). El derecho del asegurado surge cuando ocurre el siniestro, teniendo en cuenta la delimitación del riesgo en el plan de coberturas y exclusiones que las partes suscribieron.

En caso de que se venza el plazo para realizar la indemnización, el asegurador deberá pagar un interés moratorio establecido por la Superintendencia Financiera (artículo 1080, Código de Comercio). La relación contractual del reaseguro no debe ser un impedimento para cumplir con el pago de la obligación (artículo 1080, Código de Comercio).

La indemnización responde al carácter oneroso del contrato, cuya utilidad económica es la compensación de los perjuicios económicos ocasionados por el siniestro (Sierra, 2016). En el seguro de daños, la indemnización no es un lucro o beneficio para el tomador (artículo 1088, Código de Comercio).

En este tipo de seguro no puede constituirse una fuente de enriquecimiento, toda vez que su carácter aleatorio requiere que el grado de incertidumbre sea connatural al riesgo que traslada el tomador, para que la aseguradora proceda con el pago de compensación de los perjuicios ocasionados por el siniestro (Sierra, 2016).

El grado de vinculación entre las obligaciones de devolver la prima no devengada y el pago de la indemnización, se evidencia en el derecho que tiene la aseguradora para terminar unilateralmente el contrato. Sus efectos proceden en situaciones como la omisión del cambio del estado del riesgo (artículo 1060, Código de Comercio).

También procede cuando el estado del riesgo cambia por causas distintas al tomador; de igual forma, cuando el riesgo aseguradora se destruye por causa ajena a la protección que otorga el seguro (artículo 1109, Código de Comercio).

El estatuto del consumidor protege los intereses colectivos de quienes necesitan acceder a los servicios ofertados (Estrada & Herrera Tapias, 2016). Su finalidad es evitar que las relaciones contractuales y de comercio no desconozcan la intervención económica del Estado en el marco de una justicia social (Estrada & Herrera Tapias, 2016).

El grado de vinculación con el pago de la indemnización surge con la adhesión que ejerce el contrato de seguros en relación con el consumo (Estrada & Herrera Tapias, 2016). Es importante diferenciar entre contrato de adhesión y contrato de consumo (Estrada & Herrera Tapias, 2016).

La principal diferencia surge en la forma de su celebración. En el primer contrato implica que una de las partes se adhiera a la propuesta contractual diseñada y elaborada por la aseguradora (Estrada & Herrera Tapias, 2016). En el segundo contrato, no se tiene en cuenta la modalidad de celebración del negocio jurídico, sino que el consumo es el propósito final (Sánchez, Disposiciones de los estatutos de protección al consumidor de particular incidencia en el contrato de seguros, (2016).

En Colombia no hay una definición normativa sobre el contrato de consumo, ni normas de rango constitucional sobre los principios orientadores del mismo (Estrada & Herrera Tapias, 2016). No obstante, las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011 regula el desequilibrio que se produce en la información sobre los derechos, obligaciones, costos y restricciones aplicables al servicio o producto (Estrada & Herrera Tapias, 2016).

En la obligación condicional del pago de la indemnización surgen problemas contractuales como extralimitación del pago de la obligación y la preexistencia. En el primer

caso, se genera cuando no hay claridad en el plan de coberturas y exclusiones que incide en el grado de cumplimiento por parte del tomador (sentencia T-158 de 2010).

En otras palabras, el riesgo asegurable delimitado en el plan de cobertura o exclusiones, en caso de configurarse el siniestro, requiere la prestación de un servicio o el reembolso de unos gastos que no fueron pactados por las partes en el contrato (Sentencia T-158 de 2010).

La prestación del servicio que compromete la capacidad económica de la aseguradora, requiere que esta realice complejos y exhaustivos exámenes de ingresos, con el objetivo de terminar que enfermedades o dolencias son preexistencias o exclusiones no cubiertas en el riesgo asegurable (Sentencia T-158 de 2010).

La preexistencia son aquellos hechos ajenos al conocimiento del tomador y asegurador en la delimitación del estado de riesgo (Hernandez, 2016). En materia de Pólizas de Seguros de Salud son aquellas patologías o enfermedades que la persona ya presenta con anterioridad a la fecha del contrato (Hernandez, 2016).

La cláusula de preexistencia tiene como finalidad excluir o limitar la cobertura de aquellos hechos que se aproximan al riesgo (Hernandez, 2016). En consecuencia, son una desventaja para la aseguradora a la hora de proceder con el pago de la indemnización (Hernandez, 2016).

Teniendo en cuenta el tipo de controversias que se generan en las obligaciones suscritas en el contrato, en el cual el principio de autonomía de la libertad de las partes juega un papel importante. Se deduce que el condicionamiento del derecho en su carácter fundamental e irrenunciabilidad, surge en el consentimiento y capacidad que son elementos esenciales del contrato.

El consentimiento condiciona el carácter fundamental autónomo del derecho, porque la declaración de voluntad para suscribir este contrato, la autonomía que ejercer el afiliado para contraer obligaciones como el pago de la prima, declaración y mantenimiento del estado del riesgo; su finalidad es la de garantizar el interés particular de la aseguradora, el cual es el grado de cobertura que está dispuesta asumir cuando el tomador traslada el riesgo financiero que genera su estado de salud.

Por lo tanto, el derecho adquirido por el tomador en el pago de la indemnización por parte de la aseguradora, no garantiza ejercer el carácter fundamental del derecho, que consiste en el bienestar físico, mental y social en la afectación orgánica y funcional del estado variable de vida del afiliado.

La capacidad condiciona la irrenunciabilidad individual del derecho, toda vez que la capacidad de ejercicio que requiere una voluntad reflexiva para suscribir este contrato, no garantiza la titularidad del derecho a la salud, porque su relevancia moral, sustentada en la dignidad humana, debe responder al interés prestacional del negocio jurídico.

Una vez estudiada la relación que existe entre la cobertura de las Pólizas de Seguros de Salud y el afiliado. Se procede a realizar dicho estudio en el tipo de servicio que oferta la aseguradora.

3.3. Servicio privado de interés público

La actividad económica que ejerce las aseguradoras dentro del mercado son de interés público (artículo 335, Constitución Política). Toda vez que la captación de dineros del público para su aprovechamiento e inversión, debe contar con la autorización del Estado conforme a las disposiciones normativas que la ley consagra (artículo 335, Constitución Política).

El interés público del servicio privado que ofertan las aseguradoras, se consolidan con el derecho de libertad económica. Este derecho ha tenido una evolución jurisprudencial de vital importancia⁵⁸, cuyo contenido es la potestad del particular para participar y competir en el mercado sin más restricciones que aquellas derivadas del bien común y el interés general (Ruiz Gañan , libertad economica. evolucion en la legislacion y jurisprudencia, 2010).

Las restricciones que recaen en el derecho de libertad económica da lugar a un modelo de economía social (Ruiz Gañan , concepto del derecho a la libertad economica. Naturaleza juridica del derecho a la libertad economica, 2010). Si bien es cierto no está reconocida propiamente en la Constitución, su intervención por parte del Estado obedece a la garantía

⁵⁸ Las sentencias que han tenido mayor repercusión sobre el derecho de la libertad económica son la C-624 de 1998 y la C-616 de 2001.

del derecho desde una perspectiva predominantemente social (Ruiz Gañan , libertad economica. evolucion en la legislacion y jurisprudencia, 2010).

La finalidad del concepto individualista del derecho en su alcance, responde a una concepción integral y sistemática, es decir, se relaciona con otros derechos constitucionales que compone un instrumento supremo de bienestar general, en especial cuando se vincula con la administración de los servicios públicos esenciales (Ruiz Gañan , Sobre los servicios publicos en general, 2010).

Este derecho se materializa con el principio de libertad contractual. El cual tiene su origen en el objeto contractual y causa lícita del contrato que constituyen elementos esenciales del negocio jurídico.

El objeto contractual no es el simple objeto material, sino la conducta referida al mismo (Ortiz Monsalve, objeto y causas lícitos, 2010). Es necesario distinguir entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligacion y el objeto del contrato, 2012).

El objeto del contrato es la operación jurídica que las partes escogen como reguladora de un negocio jurídico (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligacion y el objeto del contrato, 2012). En otras palabras, son los intereses regulados por el contrato de seguros.

El objeto de la obligación es la prestación que las partes suscriben y que originan precisamente el tipo de contrato que celebraron (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligacion y el objeto del contrato, 2012). Este objeto condiciona la validez del contrato (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligacion y el objeto del contrato, 2012).

Así pues, es distinta la operación jurídica que las partes eligen y celebran, de las pretensiones precisas que se suscriben en el contrato (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligacion y el objeto del contrato, 2012). En lo que concierne al primero, la operación jurídica consiste en su mecanismo y en su técnica; en cambio, el examen de las pretensiones precisas recae en el tipo de obligaciones que las partes suscriben el contrato (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligacion y el objeto del contrato, 2012).

El objeto de la obligación debe cumplir con una serie de requisitos que establece el artículo 1517 y subsiguientes del código civil que son: existencia, determinación, comercialidad, licitud y posibilidad (Ortiz Monsalve, objeto y causas lícitas, 2010). En lo que concierne al primer requisito, en caso de que el objeto contractual no exista o no llegare a existir, el contrato sería ineficaz por falta de sus elementos esenciales (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligación y el objeto del contrato, 2012).

No se requiere que el objeto contractual exista en el momento que se suscribe un contrato para crear obligaciones, solo es necesaria la condición de que exista en el futuro (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligación y el objeto del contrato, 2012). El segundo requisito exige que el objeto debe estar determinado en cuanto a su género y especie (Ortiz Monsalve, objeto y causas lícitas, 2010).

Es de vital importancia que el objeto se encuentre en el comercio, consiste en que sea susceptibles de convenciones entre particulares (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligación y el objeto del contrato, 2012). El legislador sustrae del comercio ciertas cosas que no constituyen materia de apropiación por los particulares como los recursos naturales, los bienes de uso público e los intereses de carácter general que se pretende proteger (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligación y el objeto del contrato, 2012).

El objeto debe ser lícito, es decir, estar de acuerdo con la ley, el orden público y las buenas costumbres (artículos 1516 y 1519, Código civil). El objeto está afectado imposibilidad jurídica cuando es contrario a los presupuestos lógico-jurídicos la ley (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligación y el objeto del contrato, 2012).

El último requisito hace referencia a que la fuerza de ley de todo contrato implica que las obligaciones que se originen sean de posible cumplimiento (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligación y el objeto del contrato, 2012). En caso de que no sea posible su ejecución se consolida el principio “*ad impossibilia nemo tenetur*” nadie está obligado a lo imposible; si las partes suscriben como objeto una cosa o un hecho imposible el contrato es inexistente (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligación y el objeto del contrato, 2012).

En materia de las Pólizas de Seguros de Salud (PSS) el objeto contractual es el riesgo asegurable que es una contingencia médica que afecta el estado de salud del afiliado. El

objeto de la obligación son el monto del pago de la prima y el monto del pago de la indemnización; obligaciones que permite efectuar el riesgo financiero que requiere el nivel de cobertura que la aseguradora está dispuesta asumir.

La causa de un contrato explica el porqué de la obligación, la razón que ha tenido las partes para suscribir un contrato, es decir, el fin perseguido dentro del negocio jurídico (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012). Es necesario distinguir entre la causa final y la causa remota; la primera es el fin inmediato del contrato, es la causa próxima como elemento objetivo del contrato que consolida la causa de las obligaciones suscritas (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

En cambio la segunda se refiere a los motivos lejanos que determinan el acto jurídico, el cual como elemento subjetivo son los móviles del contrato (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012). Así pues, la causa final como fin inmediato es idéntico en todos los contratos de un mismo tipo, la causa remota o impulsiva es esencialmente variable (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

La teoría general de la causa se consolida en establecer si dentro del concepto jurídico de la causa, debe tener la razón más próxima que tuvo el contratante(causa final), o por el contrario, es procedente considerar las razones remotas que determinaron el consentimiento del contratante (Tamayo Lombana, El objeto de la Obligacion y el objeto del contrato, 2012).

Tal dicotomía ha generado tres nociones de la teoría de la causa por tres escuelas distintas que son: clásica, anticausalista y neocausalista. Antes de proceder a su explicación, es pertinente distinguir entre consentimiento, objetos y móviles que determinan la operación jurídica del contrato (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

El consentimiento, analizado desde el punto de vista unilateral del contratante, es la voluntad de obligarse; en términos filosóficos, sería la causa eficiente que da origen a la obligación (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012) . El objeto es aquello a lo que se obliga el contratante (Tamayo

Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

Los móviles determinantes son las razones o motivaciones personales que indujeron al contratante a celebrar el contrato (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012). Entre estos motivos puede existir uno que en definitiva movió su voluntad y condujo la suscripción del contrato (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

Dicha situación será el móvil determinante de su voluntad que constituye la causa impulsiva del contrato (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012) .Por lo tanto, la causa es distinta del consentimiento porque explica el porqué de su declaración de voluntad (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

La escuela clásica considera que la causa de un contrato será el fin inmediato que proponen las partes (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012). En otras palabras, se fundamenta en la causa de la obligación, la cual es el móvil abstracto para garantizar la finalidad inmediata y próxima del contrato (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

En la escuela anticausalista considera que la noción de la causa es un concepto inútil porque se confunde en algunas circunstancias con el objeto y en otras por el consentimiento (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012). Dicha confusión se evidencia en los contratos bilaterales, reales y gratuitos (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

En los contratos bilaterales las obligaciones nacen simultáneamente, en cuyo caso la causa es anterior al efecto que pretende el contrato, porque no se pueden servir simultáneamente a la causa (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

En los contratos reales resulta inexacto decir que la causa de la obligación de restituir se consolida recíprocamente en la entrega anterior de la cosa. Por ende, si la entrega no se ha realizado, no es la causa del contrato sino la carencia de objeto contractual (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012). En los contratos gratuitos la intención de liberalidad, es decir, *el animus donandi*, se confunde con el consentimiento (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

La escuela neocausalista establece que la causa es el móvil personal y determinante del acto jurídico, la causa remota que incentiva la voluntad contractual (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012). El móvil concreto es individual, subjetivo y psicológico por lo que varía en cada contratante aun dentro del mismo contrato (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

Esta noción de causal del contrato o móvil concreto equivale a la causa impulsiva o determinante. Sin descartar la causa próxima (causa final) que defendían la escuela clásica, la concepción moderna es subjetiva, recae en las razones del contratante que pusieron en marcha su voluntad contractual, que constituye en ultimas las causas remotas.

En consecuencia, la causa final se tiene en cuenta para proteger a los contratistas dentro del negocio jurídico (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012). La causa impulsiva se tiene en cuenta para proteger socialmente la ejecución que se genere en el contrato, es decir, el impacto de las obligaciones suscritas dentro del ordenamiento jurídico (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012)

La teoría de la causa como institución es de gran utilidad para garantizar la protección individual del contratante (la equidad, equivalencia en las prestaciones) y la protección social (moralidad y licitud de las convenciones (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

Los móviles que constituyen la causa impulsiva del contrato deben ser determinantes y compartidos. Toda vez que generan la voluntad contractual, su descubrimiento conduce a

la causa del contrato; en caso de que los móviles sean ilícitos, se deduce que el contrato tiene una causa ilícita, a pesar de que el objeto del contrato sea lícito (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

Es necesario distinguir entre la noción de móvil determinante (causa impulsiva) y las nociones de causa final y de simples motivos (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012). El primero hace referencia a los motivos que llevaron al contratista a celebrar el negocio jurídico, los que en definitiva dieron origen al consentimiento (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

La causa final es el fin inmediato pretendido por el contratante (obtención de la contraprestación) (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012). Los simples motivos son consideraciones personales y accesorias que no incentivaron la voluntad contractual (Tamayo Lombana , La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General, 2012).

En Colombia impera la noción moderna de la causa impulsiva o determinante, en virtud de las disposiciones del numeral segundo del artículo 1524 del Código Civil que establece que *“se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa lícita es aquella prohibida por la ley, contraria a las buenas costumbres o al orden público”*

La causa lícita en las Pólizas de Seguros de Salud (PSS) constituye por parte del tomador una causa impulsiva, en la cual la declaración de la voluntad contractual, obedezca a la protección de su derecho fundamental a la salud, condicionado por el consentimiento que dio origen a una obligación de tracto sucesivo (pago de la prima) que responde a su económica.

En cambio la motivación de la aseguradora para suscribir un contrato obedece a una causa final, la cual el fin inmediato del contrato consiste en que la obligación iure (pago de la indemnización), se sustente en el principio de libertad contractual que reconoce a las aseguradoras asumir de forma autónoma y acorde a su experiencia en el mercado, el tipo de riesgos financiero que traslada el tomador.

El principio de libertad contractual hace parte de la institución de la propiedad privada, constituye un orden jurídico individualista que implica la libertad de las personas para celebrar toda clase de actos o negocios jurídicos mediante su propia libertad (Bejerano & Florez Aristizabal, 2002).

Este principio tiene mayor acogida en la operatividad de la aseguradora dentro del mercado, es decir, tienen autonomía para competir en el mercado a la hora de contratar o abstenerse acorde a su capacidad técnica y económica adquirida en el mercado asegurador (concepto No. 2014087164-002).

Las decisiones de las aseguradoras tienen limitaciones constitucionales a la hora de llevarlas a cabo dentro del mercado. En razón a que estas no pueden ser arbitrarias porque está gobernada por un marco axiológico que incorpora la solidaridad social (artículo 1, Constitución política) y la prevalencia del interés general (artículo 333, Constitución Política)

El marco axiológico de la constitución reconoce que el principio tiene una doble garantía. La primera exige que sus limitaciones tengan una base legal (Sentencia T-517 de 2006); la segunda hace alusión a que se justifiquen socialmente en caso de garantizar relaciones justas y libres⁵⁹ (Sentencia T-517-06).

Teniendo en cuenta lo anterior, no es viable interpretarse de forma residual, los principios constitucionales en materia económica (Sentencia T-517 de 2006). Debido a que el reconocimiento del derecho a la libertad económica, requiere una función social que implica obligaciones constitucionales como la protección de derechos fundamentales o consideraciones de interés general (Sentencia T-517 de 2006)

La legitimidad de una acción empresarial en el marco de la libertad que ostenta para contratar en el mercado, debe ceder o conciliarse con valores y principios constitucionales que tengan que ver con situaciones sociales, para que la negativa de la empresa a la hora de contratar no carezca de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad (Sentencia T-517-06).

⁵⁹ En lo que concierne a su justificación debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada sea insuficiente para asegurar el bien general. dicha intervención sea exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial (Sentencia T-517-06); particularmente si llega a traducirse en abuso o daño sobre la parte débil que suscribe el negocio jurídico (Sentencia T-517-06).

En este sentido, el interés público de la actividad aseguradora no es propiamente un servicio público (sentencia SU 157 de 1997 citada por la sentencia T-517 de 2006). Su operatividad en el mercado asegurador busca el interés general de la sociedad desde el equilibrio entre el interés patrimonial de la aseguradora y el bien común del Estado en la regulación de su actividad rentable y económica (sentencia SU 157 de 1997 citada por la sentencia T-517 de 2006).

Teniendo en cuenta lo anterior, las compañías de seguros que ofertan contratos de gastos médicos no son entidades que tienen a su cargo la prestación de servicios de salud como las Entidades Prestadoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud, o las compañías de Medicina Pre-pagadas. El objeto social de este tipo de empresas es la explotación de la actividad aseguradora (Sentencia T-959 de 2010).

CONCLUSIONES

El análisis de la salud en la cobertura de las Pólizas de Seguros de Salud en relación con el Estado, el afiliado y la aseguradora. Dio como resultado que salud la como derecho tiene una faceta fundamental y prestacional.

El examen del derecho surgió en primer lugar, de un concepto biológico y social de salud. El primero se desarrolla en la concepción médica que comprende el proceso de salud y enfermedad a partir de tres definiciones que son: somática, psíquica y sanitaria.

El concepto social se consolida en las concepciones político-legal y económica de salud que permiten desarrollar el concepto de salud pública. Dicho concepto no se reduce a una forma de propiedad pública o privada, sino que es un nivel específico de análisis a un problema de salud desde un nivel poblacional.

El concepto biológico de salud es la capacidad del ser humano para mantener un estado de equilibrio apropiado a la edad y a las necesidades sociales. Factores como la nutrición, la fecundidad y los estilos de vida, son multicausales con el concepto social de salud, el cual es determinante para establecer un sistema de salud a partir de las formas de organización económica, nivel de democracia y urbanización.

A partir de los conceptos biológico y social, se examinó en el sistema de fuentes del derecho internacional el contenido y alcance del derecho a la salud. Las fuentes del derecho

internacional son: los tratados o convenciones internacionales, el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho.

La primera fuente es vinculante para los Estados por el principio de *pacta Sunt Servanda*. Hacen parte del derecho consuetudinario los conceptos, recomendaciones y resoluciones expedidas por organizaciones autorizadas; su obligatoriedad en el ordenamiento jurídico consiste en aquellos principios y directrices que hagan parte *del Ius Congens*.

Los principios generales del derecho son la soberanía y la autodeterminación de los pueblos, para garantizar la realización de derechos fundamentales, en el marco de un sistema político, legal y económico. Existen documentos de política no vinculante que hacen referencia al *soft law*, en los que no existe una clara voluntad jurídica de otorgarle carácter obligatorio que conlleva a clasificarlos en el derecho consuetudinario o la concreción de un principio general.

Los instrumentos internacionales que se tuvieron en cuenta para examinar el contenido y alcance del derecho fueron: el artículo 12 del PIDESC, artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 25 de la Declaración universal de los derechos humanos, artículo 11 de la Declaración Americana de Derechos Humanos y la carta de Ottawa.

El contenido del derecho comprende su carácter fundamental y prestacional. A partir de los conceptos biológico y social de salud, el resultado del examen de derecho comprende cuatro componentes que son: vinculatorio fundamental, vinculatorio prestacional, no vinculatorio fundamental, no vinculatorio prestacional.

En lo que concierne al primero, desde el concepto biológico, hacen parte los derechos a la vida, la dignidad humana, no ser sometido a torturas, a la intimidad y la circulación. Desde el concepto social, hacen parte de este componente el más alto nivel de salud y el derecho a un ambiente sano. La interrelación entre el concepto biológico y social, se encuentra la igualdad y los derechos de no discriminación, información y el acceso a agua potable.

La vinculación del carácter prestacional del derecho, desde el concepto social, hace parte el derecho al trabajo. En el concepto biológico se encuentra la salud física y el derecho a la educación. La interrelación entre estos dos conceptos se evidencia en la salud mental.

No es vinculatorio el carácter fundamental del derecho, desde el concepto biológico, la definición de un bien público. En el concepto social se integra el prerequisite de la justicia social y en la interrelación de estos dos conceptos se encuentra el prerequisite de la paz y el bienestar social de salud.

El carácter prestacional no vinculatorio del derecho, desde el concepto biológico de salud, se encuentra la renta como forma de diversificación financiera. En el concepto social, se encuentra la equidad como demanda ética del derecho.

La interrelación de estos dos conceptos surge en el ecosistema, hace alusión a la responsabilidad de los Estados para su conservación y la prevención de enfermedades producto del desequilibrio del medio ambiente.

Los Estados suscriben una serie de obligaciones para garantizar el alcance del derecho, el cual consiste en aquellas limitaciones legítimas y aquellas que se constituyen vulneración del derecho.

El tipo de obligaciones que suscriben los Estados son de inmediato cumplimiento y progresivas. Las primeras consisten en adoptar medidas negativas para impedir que el derecho y sus factores determinantes sea amenazada por cuestiones discriminatorias

En cambio, las obligaciones progresivas requieren adoptar medidas, acorde a la capacidad de los Estados, para garantizar el derecho a la salud y sus factores determinantes. El tipo de obligaciones que se evidencian son de respetar, proteger y cumplir.

Para proceder con el examen del contenido del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico nacional. Se tuvo en cuenta el carácter fundamental que requiere el más alto nivel de salud desde el concepto social. También se tuvo en cuenta el carácter prestacional de la salud pública que versa en el concepto biológico y la interrelación que requiere la salud mental.

En lo que concierne al alcance del derecho a la salud, el tipo de obligaciones que se tuvieron en cuenta fueron de protección y cumplimiento; la primera consiste en que el servicio es ofertado por un tercero y la segunda versa en el establecimiento del aseguramiento privado.

La relación entre el derecho internacional y nacional es posible con el dualismo moderado. Esta teoría determina su interdependencia y la limitación que ejercen en respuesta a la realidad comunitaria de los Estados.

La validez del derecho internacional en el ordenamiento jurídico colombiano es posible con la cláusula del Estado Social de Derecho. Esta cláusula está conformada por la supremacía de la Constitución en las demás normas (preámbulo); el desarrollo de las relaciones internacionales en los principios de soberanía y autodeterminación de los pueblos (artículo 4, Constitución Política)

También hace parte de esta cláusula el bloque de constitucionalidad (artículo 93, Constitución Política) y la cláusula de los derechos innominados (artículo 94, Constitución Política). La funcionalidad de la cláusula del Estado social de derecho es posible con los artículos segundo y 333 de la Constitución política.

El carácter fundamental del derecho exige de la cláusula la materialización de la igualdad de oportunidades y la búsqueda de un orden social justo. En cambio el carácter prestacional exige la libertad económica como mecanismo de promoción de condiciones sociales y económicas que garantice, dentro de los límites de la solidaridad y la función social, el desarrollo autónomo de las personas y la libertad de empresa.

El examen del contenido del derecho a la salud en el derecho nacional se realizó en dos escenarios que son el SGSSS y las pólizas de seguros de salud. En el primer escenario, el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud en su individualidad, es decir, desde su afectación al estado variable de la vida de la persona, requiere que el carácter prestacional del mismo sea cuantificado desde un enfoque colectivo.

Para que su reconocimiento progresivo por parte de asignaciones presupuestales que implican financiamiento fiscal, no sea un obstáculo para el efectivo goce y ejercicio de este derecho a la hora de garantizar la prestación del servicio en un sistema público que reconoce la participación privada de la adquisición de planes voluntarios de salud.

En las pólizas de seguros de salud el carácter prestacional del derecho consiste en que los elementos esenciales del contrato, da lugar a la correlación entre el pago de la prima y el costo en la prestación del servicio de salud.

El carácter fundamental del derecho solo es posible cuando hay conexidad con otros derechos fundamentales. Por lo tanto, su reconocimiento solo es posible cuando se limita la libertad contractual en la integralidad de los tratamientos y servicios médicos.

La salud en la cobertura de las Pólizas de Seguros de salud prevalece su carácter prestacional, toda vez que la prestación del servicio en este contrato de seguros, no la oferta la aseguradora en virtud de una obligación estatal, sino que tiene su origen en un negocio jurídico de carácter particular.

Teniendo en cuenta el contenido del derecho a la salud en el SGSSS y en las Pólizas de Seguros de Salud. Se diferencié en términos económicos la incidencia de la prestación del servicio desde la economía de la salud.

En términos económicos la salud es un capital que puede incrementarse o deteriorarse por la afectación de una enfermedad que demanda la prestación del servicio. Los riesgos financieros de este servicio generan altos costos que requieren aseguramiento.

Estos riesgos, responden a dinámicas económicas distintas en las que en el mercado de consumo de cualquier bien, proveen una utilidad marginal decreciente que determina el grado de afectación de cada unidad adicional.

Sin embargo, la lógica del consumo no es viable en materia de salud, en razón a que la afectación del estado de salud, no representa un beneficio sino un deterioro no deseado, el cual requiere la prestación del servicio; cuya oferta impide al oferente cuantificar lo que las personas desean comprar y el valor que representa este consumo.

La prestación de este servicio opera en un mercado imperfecto en el cual la relación de agente y la lógica del seguro tiene connotaciones diferentes en el sector en el SGSSS y en el mercado asegurador.

La relación de agente en el SGSSS opera por medio de políticas públicas que buscan el equilibrio financiero entre los costos médicos y los diferentes grados de riesgo y cotización

de los afiliados. La teoría del seguro como modalidad contractual para garantizar la cobertura y financiamiento de la prestación del servicio; tiene como finalidad evitar la selección adversa y el riesgo moral.

Para evitar estos riesgos, el mecanismo implementado en el SGSSS ha sido la competencia regulada. La cual consiste en la afiliación obligatoria, definición de una prima de aseguramiento sin tener en cuenta el riesgo individual y la afiliación abierta que vincule a población en un mercado competitivamente estructurado.

La relación de agente en las pólizas de Seguros de salud surge en la institucionalidad de la aseguradora para operar en el mercado. Esta relación se desarrolla en condiciones de asegurabilidad, es decir, los afiliados deben cumplir con los requisitos y políticas que fija la compañía, para soportar de forma financiera su capacidad económica con el tipo de obligaciones suscritas en el contrato.

En el mercado de seguros es viable la selección del riesgo porque permite delimitar el grado de cobertura que oferte la aseguradora. Por lo tanto, la lógica del seguro se desarrolla en los comportamientos del mercado que deben responder a los principios técnicos de equidad, eficiencia, homogeneidad y representatividad.

El financiamiento del servicio de la salud depende de la diversificación del riesgo financiera que afecta el capital de salud. En el SGSSS es comunitaria, el traslado del riesgo debe garantizar la optimización de los recursos que permitan expectativas del servicio en términos de eficiencia y equidad.

En las pólizas de seguros de salud la diversificación es individual, porque los riesgos generados por la asimetría de la información, permite la existencia de mercados contingentes, en los cuales no le limite la capacidad del mercado para suscribir contratos que correlacionen la capacidad de pago y el tipo de cobertura y exclusiones que ofertan las aseguradoras.

A partir de su diversificación financiera, obedece a que la relación entre Estado sea una obligación de protección y de cumplimiento, en el afiliado un derecho condicionado por el principio de autonomía de la libertad de las partes y aseguradora oriente el interés público del servicio desde el carácter prestacional del derecho a partir del principio de la libertad contractual.

La obligación de protección del Estado consiste en que la prestación del servicio por parte de un tercero, en este caso aseguradora, no obstaculice el disfrute del contenido del derecho a la salud, en el marco de una relación contractual que responde a la naturaleza jurídica de los intereses privados de las partes.

La obligación de cumplimiento hace referencia al reconocimiento de cobertura complementaria o suplementaria de las pólizas de seguros de salud. El grado de cobertura a la hora de ofertar el servicio está limitado por una serie de condiciones de normativas que recaen en las condiciones del afiliado y el tipo de coberturas ofertadas.

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes se desarrolla en el tipo de obligaciones que las partes suscriben el contrato. El consentimiento condiciona el carácter fundamental autónomo del derecho. La capacidad condiciona la irrenunciabilidad del derecho.

En definitiva, el carácter prestacional del derecho a la salud en el SGSSS es un servicio público delegado en los particulares, cuya intervención es por medio de reglas que armonicen el contenido del derecho con la optimización de los recursos y su racionalización a partir de las dinámicas del mercado.

En el mercado asegurador, es un servicio privado promovido por el derecho de la libertad económica de los particulares. El interés público versa en el carácter prestacional y no fundamental del derecho, para garantizar la rentabilidad de la prestación del servicio de salud.

En otras palabras, el carácter prestacional del derecho a la salud adquiere doble connotación financiera. En el SGSSS al ser un servicio público que pretende optimizar los recursos mediante la racionalización del gasto público, es un bien colectivo que responde al mercado. En la actividad aseguradora es un bien individual cuya rentabilidad es el interés público que pretende buscar estabilidad económica y financiera en el mercado asegurador.

REFERENCIAS

García-Ubaque, C., García-Ubaque, J., & Vaca-Bohórquez, M. (2013). Evolución del marco normativo de la salud ambiental. *Rev. salud pública.* , 57-59.

- Hernández-Álvarez, M. (2008). El concepto de equidad y el debate sobre lo justo en salud. *Revista Salud Publica*, 73.
- Abril, F. G. (2016). La salud como Servicio Publico o derecho en el negocio entre los actores privados del Sistema de Salud en Colombia . *Derecho y Realidad* , 60-61.
- Arango-Soler, J., Luna-García, J., Correa-Moreno, Y., & Campos, A. (2013). Marco legal de los riesgos profesionales y la salud ocupacional . *Rev. salud pública*, 355.
- Arias Valencia, S. (2017). Epidemiología, equidad en salud y justicia social . *Revista Nacional de Salud Publica* , 188-191.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (18 de diciembre de 1982). Principios de la ética medica aplicables a la función de personal en salud, especialmente los médicos en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. *Resolucion 37/194*. Nueva York, EEUU: Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Atienza, M. (2006). tres concepciones de la argumentación . En M. Atienza, *el derecho como argumentación* (págs. 76-77). Barcelona : Ariel S.A.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2014). *Planes de beneficios en salud de América Latina*. Bogota : Ursula Giedion;Ricardo Bitrán;Ignez Tristao.
- Bejerano, R. S., & Florez Aristizabal, E. (2002). Principios Rectores de los contratos civiles y mercantiles . *Principios mercantiles en la ley* . Bogota , Colombia : Universidad de la Sabana .
- Benave Fernandez del Valle, A. (2010). fuentes y técnicas del derecho internacional. En A. Benave Fernandez del Valle, *Filosofía del derecho internacional* (págs. 91-94). Mexico: Universidad Autónoma de Mexico.
- Botero Bernal , A. (2015). Sobre el uso de la bibliografía en la investigación jurídica. *pensamiento juridico No.43*, 480-481.
- Brumat, L. (2016). libertad de circulación "definición y génesis". En L. Brumat , *políticas migratorias y libertad de circulación en el mercosur* (págs. 83-84). Buenos Aires: FLACSO Argentina.
- Caicedo, J. I. (2016). Selección de riesgo en el sistema de seguridad social en salud de Colombia. *Sistema General de seguridad Social* . Bogota , Colombia : Grupo de Investigación en Economía Regional y Urbana (GIERU).
- Cardenas Garcia, D. (2011). Los Ecosistemas y la salud pública . *Revista Spei Domas* , 9-10.
- Cárdenas, M. B. (2010). Los seguros en Colombia. *Apuntes Contables*, 53-54.
- Cárdenas, M. B. (2010). Los seguros en Colombia. . *Apuntes Contables*, 53-54.

- Carta de las Naciones Unidas . (26 de junio de 1945). Artículo 48. *Carta de las Naciones Unidas* . San Francisco, EEUU: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional.
- Carta de las Naciones Unidas . (26 de junio de 1946). capitulo XI Declaración relativa a territorios no autonomos . *Carta de las Naciones Unidas* . San Francisco , EEUU: la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional.
- Carta de las Naciones Unidas. (26 de junio de 1945). articulo 55. *carta de las Naciones Unidas*. San Francisco, EEUU: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional.
- Climstein, M., & Egger, G. (2017). Actividad Fisica: prescripcion general para la salud fisica. Niveles de actividad, mortalidad, morbilidad y bienestar. En G. Egger, A. Binns, S. Rossner, & M. Sagner , *Medicina del Estilo de vida* (págs. 143-144). Barcelona : ELSEVIER.
- Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales . (2 de diciembre de 1999). El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). *Observación general 13 El derecho a la educación (Art.13)* . Ginebra , Suiza : Consejo Social y economicos del DESC.
- Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales. (12 de Mayo de 1999). El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). *Observacion General numero 12 El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)*. Ginebra, Suiza: Consejo Economico y Social .
- Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales. (11 de Agosto de 2000). Observación General No. 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Ginebra, Suiza: Consejo Economico y Social .
- Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales. (22 de noviembre de 2002). Observacion General No. 15. *El fundamento jurídico del derecho al agua*. Ginebra, Suiza: Consejo Economico y Social.
- Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales. (25 de Noviembre de 2005). Observacion No. 18 Introduccion y premisas . *Obsrvacion No. 18 Artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales*. Ginebra , Suiza : Consejo Ecomico y Social .
- ConsultorSalud . (01 de junio de 2017). *ConsultorSalud* . Obtenido de ConsultorSalud: <http://www.consultorsalud.com/nuevo-plan-de-beneficios-2017-resolucion-6408-de-2016>
- Convencion de Viena. (23 de mayo de 1969). Convencion de Viena derechos de los Tratados. Viena , Austria : Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas.

- Convención de Viena derecho de los tratados. (23 de mayo de 1969). artículo 53.
Convencion de Viena derecho de los tratos . Viena , Austria .
- Correa Zambrano, M. L. (2016). La Humanizacion de la atencion en los servicios de salud: un asunto de cuidado. *Revista CUIDARTE*, 128-129.
- Corte Internacional de Justicia . (26 de junio de 1945). Estatuto de la Corte Internacional de Justicia . *articulo 38. Capitulo II*. San Francisco,, California, Estados Unidos .
- Corte Internacional de Justicia . (26 de Junio de 1945). Estatuto de la Corte Internacional de Justicia . *articulo 59. capitulo III*. San Francisco , California , Estados Unidos .
- Cuevas , M. C. (2011). marco teorico del regimen de reservas. En M. C. Cuevas, *Regimen de reservas tecnicas en Colombia* (págs. 496-510). Bogota D.C: Fasecolda .
- de Courten , M., de Courten , B., Egger, G., & Sagner , M. (2017). Epidemiologia de la enfermedad cronica. En G. Egger , A. Binns, S. Rossner , & M. Sagner , *Medicina del estilo de vida* (págs. 14-15). Barcelona : ELSERVIER .
- Declaracion de Estocolmo . (16 de Junio de 1972). Declaracion de Estocolmo. *principios* . Estocolmo , Suiza : Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano .
- Declaracion de Rio de Janeiro. (14 de junio de 1992). Principio 1. *Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Rio de Janeiro, Brasil: La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- Defensoria del Pueblo . (2010). Introducción y justificación . *Primera Evaluacion de la política Pública de salud a la luz del derecho a la salud* . Bogota , Colombia : programa de seguimiento y evaluación de políticas Públicas ProSeDHer.
- Defensoria del pueblo. (2010). capitulo I: el derecho a la salud y las obligaciones del Estado en materia sanitaria: definicion politica publica. En M. Polo Rosero , H. Toro Parra , T. I. Ahogado Lara , M. E. Mora González, M. N. Rodríguez , & M. Moreno , *Primera Evaluacion de la politica Publica a la luz del derecho a la salud* (págs. 24-25). Bogotá, Colombia: Programa de seguimiento y Evaluacion de las Políticas Publicas ProSeDHer.
- Defensoria del Pueblo Colombia. (2010). Primera Evaluacion de la politica publica de salud. En V. P. Ortiz, G. E. Ramirez Vanegas , & M. Polo Rosero , *El Derecho a la Salud y las obligaciones del Estado en materia sanitaria: Marco para la evaluación y seguimiento de las Políticas Públicas en salud* (págs. 16-21). Bogotá: ProSeDher .
- definicion.com. (14 de diciembre de 2017). *definicion de concepto* . Obtenido de definicion.com : <https://definicion.de/concepto/>
- Díaz-Granados Prieto, J. J. (2017). Glosas sobre el riesgo asegurable en. *Rev.Ibero-Latinoam.Seguros*, 153-154.

- Echeverri, M. E. (2006). Derecho a la salud, Estado y Globalización . *Revista Facultad Nacional Salud Publica*, 81-82.
- Egger, G., Binns, A., Rossner, S., & Sagner , M. (2017). Introducción a los factores del riesgo del estilo de vida. En G. Egger, A. Binns, S. Rossner, & M. Sagner, *Medicina del estilo de vida* (págs. 3-5). Barcelona: ELSERVER.
- Escobar Lopez , M. (2012). Bioética mas allá del Principialismo. *Bioeditorial*, 07.
- Estrada, J., & Herrera Tapias, B. (2016). Contrato por adhesión y relación de consumo en el Estatuto del Consumidor Colombiano. *Revista de Ciencias Sociales (RCS)*, 169-170.
- Franco , S. (2015). Salud para la paz y la paz para la salud . *Revista gerencial politica en salud* , 5-6.
- Frenk , J. (2016). la practica de la salud publica. En J. Frenk , *La salud de la poblacion. Hacia una nueva salud publica* (págs. 8-10). Mexico : Fondo de Cultura economica .
- Frenk, J. (2016). definición de salud pública. En J. Frenk, *La salud de la población. Hacia una nueva salud Pública* (págs. 2-3). Mexico: Fondo de Cultura Economica.
- G.Vigo, A. (2002). Hans Georg Gadamer y la filosofía Hermeneutica . *Estudios Publicos* , 241-243.
- Garcia Amando , J. A. (2017). Justicia distributiva y Estado social. ¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario? *Dialnet*, 270.
- Gaviria, C. (2007). El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio. *FORO revista de derecho*, No. 7, 7-8.
- Gutierrez, G. B. (2016). Tres ensayos acerca de aseguramiento en salud: identificación y evaluación de consecuencias de asimetrías de información. *Subsidio a los Planes Voluntarios de y salud y gasto publico*. Bogota, Colombia: Universidad de los Andes.
- Gutiérrez, G. B. (2016). Tres ensayos acerca de aseguramiento en salud: identificación y evaluación de consecuencias de asimetrías de información. *Cobertura de salud voluntaria en Colombia: ¿selección adversa o ventajosa?* Bogotá, Colombia : Universidad de Los Andes.
- Herdegen , M. (2005). relacion entre el derecho internacional y el derecho interno. En M. Herdegen , *Derecho Internacional Publico* (págs. 166-173). Mexico: Korand Adenauer Stiftung.
- Herdegen, M. (2005). Producción jurídica a través de las Organizaciones Internacionales . En M. Herdegen, *Derecho Internacional Publico* (págs. 162-165). Mexico: Fundacion Konrad Adenauer.

- Herdegen, M. (2005). Capitulo III Fuentes del derecho internacional. En M. Herdegen, *Derecho Internacional Publico* (págs. 113-119). Mexico: Korand Adenaur Stiftung.
- Herdegen, M. (2005). Capitulo III Fuentes del derecho internacional. En M. Herdegen, *Derecho Internacional Publico* (págs. 160-161). Mexico: Konrad Adenauer Stiftung.
- Herdegen, M. (2005). capitulo VII principios fundamentales de las relaciones internacionales. En M. Herdegen, *Derecho internacional publico* (págs. 272-273). Mexico: Fundación Konrad Adenauer.
- Herdegen, M. (2005). Capitulo VII Principios Fundamentales de las relaciones internacionales. En M. Herdegen, *Derecho Internacional Publico* (págs. 245-246). Mexico: Konrad Adenauer.
- Herdegen, M. (2005). Principios generales del derecho. En M. Herdegen, *derecho internacional publico* (págs. 156-160). Mexico: Fundacion Konrad Adenauer.
- Hernandez, D. M. (2016). Practicas abusivas en los contratos de seguros: la clausula de preexistencia . *ADVOCATUS* , 162-163.
- Herrera, S. M. (Mayo de 2016). LA UBÉRRIMA BUENA FE DE LAS ASEGURADORAS EN EL CONTRATO DE SEGUROS . *La buena fe en el contrato de seguros fundamentos teoricos* . Bogota : Universidad de Manizales .
- Informe Belmont. (19 de Abril de 1979). Principios y guias éticos para la protección de los sujetos humanos de investigacion Clínica . *Informe Belmont* . EEUU: Comisión Nacional para la protección de los sujetos humanos de investigacion bioética y del comportamiento .
- Kornblit, A. L., & Mendes, A. M. (2000). capitulo I: el proceso salud enfermedad. En A. L. Kornblit, & A. M. Mendes, *La salud y la enfermedad: Aspectos biologicos y sociales* (págs. 18-19). Mexico : AIQUE.
- Lohera, A. B. (2009). el seguro en la teoria moderna financiera. *Revista Eknomiaz*, 94-109.
- Martinez Martin, F. L. (diciembre de 2008). *¿derecho a la salud o equidad en salud?*
Obtenido de salud colombia:
<http://www.saludcolombia.com/actual/documentos/EL%20DERECHO%20A%20LA%20SALUD%20O%20LA%20EQUIDAD%20EN%20SALUD.pdf>
- McHenry Anwar, J., Donovan , R., & Egger , G. (2017). felicidad y salud mental ¿qué es la salud mental? En G. Egger , A. Binns , S. Rosser , & M. Sagner , *Medicina del Estilo de vida* (págs. 209-210). Barcelona : ELSEVIER.
- Ministerio de salud y la Proteccion Social . (29 de diciembre de 2016). *Ministerio de Salud y la Poteccion Social*. Recuperado el 25 de mayo de 2017, de Minsalud define el valor de la UPC para el 2017: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Minsalud-define-valor-de-la-UPC-para-2017.aspx>

- Morales, G. M., Vicente Merino , A., Hernandez March, J., Caballero Carbonel , A., & Maeno Lorente , J. (24 de abril de 2015). *Elementos de matematica Actuarial* . Recuperado el 31 de marzo de 2017, de Sobre Prevision Social y seguros de vida : http://pendientedemigracion.ucm.es/info/sevipres/P2/01/2_1_1.php
- Moreno, J. R. (2010). La emergencia Social en Salud: de las contingencias regulatorias a la desilución ciudadana. *Gerencia, Politica, Salud*, 124-143.
- Murcia, S. L., & Reina Parrado , W. (2004). Reticencia e Inexactitud en el contrato de seguros. En S. L. Murcia, & W. R. Parrado, *inexactitudes y reticencias en la declaracion del estado del riesgo* (págs. 55-). Bogota: 2004.
- Mushkin, S. (1999). Hacia una nueva definicion de la economia de la salud. *Lecturas de Economia* , 92-111.
- OMS. (julio de 2002). ¿Qué se entiende por derecho a la salud? *veinticinco preguntas y respuestas salud y derechos humanos* . Ginebra , Suiza : Organizacion Mundial de la Salud .
- OMS. (11 de enero de 2009). *Marco Conceptual de la Clasificacion internacional para la seguridad del paciente Versión 1.1 informe técnico definitivo*. Obtenido de Organizacion Mundial de la Salud: <http://www.who.int/patientsafety/implementation/taxonomy/es/>
- ONU . (25 de junio de 1993). ordinal 5. *Conferencia Mundial de derechos Humanos. Declaración y Programa y Acción de Viena de 1993*. Viena, Austria.
- ONU. (2000). Observacion No. 14. El derecho al disfrute del mas alto nivel posible de salud. *Consejo Economico y Social*, 2-21.
- Ordoqui Castilla , G. (1998). capitulo XII el consentimiento. En G. Ordoqui Castilla , *Lecciones de derecho de las obligaciones* (págs. 15-27). Montevideo : Del Foro S.R.L.
- Organizacion Mundial de la Salud . (21 de noviembre de 1986). Carta de Ottawa Primera Conferencia Internacional para la Promoción de la Salud. *promocionar la salud* . Ottawa, Canada: Organizacion Mundial de la Salud .
- Organizacion Mundial de la Salud. (Diciembre de 2001). *Lista de términos de la Organización Mundial de la Salud* . Obtenido de Organizacion Mundial de la Salud: http://www.medtrad.org/panacea/IndiceGeneral/n6_OMS.pdf
- Ortiz Monsalve , A. (2010). Unidad Ocho: la Capacidad. En A. Ortiz Monsalve , *Manual de obligaciones* (págs. 69-70). Bogota : Temis S.A.
- Ortiz Monsalve, A. (2010). objeto y causas licitos. En A. Ortiz Monsalve, *Manual de las obligaciones* (págs. 73-76). Bogota : Temis S.A.

- Outomuro , D., & Mirabile, L. M. (2012). derecho a la intimidad y su vinculacion con la salud . *Revista Latinoamericana de Bioetica* , 82-84.
- Pascuzzo-Lima, A. (14 de octubre de 2013). *Análisis Estadísticos para Ensayos Clínicos y Estudios Epidemiológicos*. Recuperado el 4 de enero de 2018, de Test Diagnóstico y Gold Standard: <http://aldanalisis.blogspot.com.co/2013/10/test-diagnostico-y-gold-standard.html>
- Pautassi, L. C. (2016). La complejidad de articular derechos: alimentación y cuidado. *Salud Colectiva*, 625-626.
- Perez Valbuena , G., & Silva Ureña, A. (2011). Marco conceptual del analisis de los gastos de bolsillo desde la teoria del consumidor . *Una mirada a los gastos de bolsillo en salud para Colombia* . Cartagena , Colombia : Banco de la Republica Centro de Estudios Economicos Regionales (CEER).
- Pinilla, K. F. (2010). competencia regulada en el sistema de salud . *Lebret* , 73-91.
- Pinzon, D., Vargas, M. J., & Zarruk , A. (2013). El Sistema General de Seguridad Social. El rol de los Planes voluntarios de Salud . *Fasecolda* , 296-300.
- Prieto, J. J. (2015). El interes asegurable como elemento esencial del contrato de seguros de vida . *RIS Bogota* , 111-164.
- Rodriguez Gaona , R. (2013). Capitulo II: Fundamentacion de los derecho. En R. Rodriguez Gaona , *Lecciones sobre derechos fundamentales* (págs. 121-122). Mexico : Universidad Autonoma del Estado de Higoaldo .
- Rojas , M. D. (2004). La vulnerabilidad y el riesgo de la vivienda para la salud humana desde una perspectiva holistica . *Cuaderno Urbano No. 4 Espacio, Cultura y Sociedad* , 148-162.
- Ruano, C. G. (2001). La consensualidad en el contrato de seguros . *fundamentos del principio de la consensualidad en el principio de autonomia de la voluntad*. Bogota , Colombia : Universidad Javeriana.
- Ruiz Arazola , A., & Perestelo Perez , L. (2012). Participación ciudadana en salud: formación y toma de decisiones compartida. Informe SESPAS 2012. *Gaceta Sanitaria*, 158-161.
- Ruiz Gañan , J. (2010). concepto del derecho a la libertad economica. Naturaleza juridica del derecho a la libertad economica. *Los muertos de la Ley 100: prevalencia de la Libertad Económica sobre el derecho fundamental a la salud*. Bogota: Universidad Externado.
- Ruiz Gañan , J. (2010). Libertad economica. Evolucion en la legislacion y jurisprudencia. *Los muertos de la Ley 100: Prevalencia de la Libertad Económica Sobre el derecho Fundamental a la salud*. Bogota, Colombia: Universidad Externado.

- Ruiz Gañan , J. (2010). Sobre los servicios publicos en general. *Los muertos de la Ley 100: Prevalencia de la Libertad Económica sobre el derecho fundamental a la salud*. Bogota: Universidad Externado.
- Ruiz, J. H. (2015). Selección de riesgo en el seguro de salud. Seguros de Asistencia Sanitaria. *Selección del riesgo*. Barcelona, España: Universidad de Barcelona.
- Ruiz, J. L. (2010). Los Muertos de la Ley 100: Prevalencia de la Libertad Económica sobre el derecho fundamental a la salud. *constitucionalidad del SGSSS desde la perspectiva de la economía de los particulares en la administracion o prestacion del servicio de salud*. Bogota, Colombia: Universidad Externado.
- Ruiz-Azarolaa, A., & Perestelo-Pérez, L. (2012). Participación ciudadana en salud formación y toma de decisiones compartida Informe SESPAS 2012. *Gaceta Sanitaria Escuela Andaluza de Salud Pública, Granada, España*, 158-162.
- Salech, F., Mery , V., Larrondo, F., & Rada, G. (2008). Estudios que evalúan un test diagnóstico: interpretando sus resultados. *Revista de Medicina de Chile*, 1203-1208.
- Sanchez, C. A., & Martinez Del Rio Samper , N. (2012). El interes asegurable como un elemento esencial del contrato de seguros de daños . *RIS Bogota* , 13-36.
- Sánchez, F. P. ((2016). Disposiciones de los estatutos de proteccion al consumidor de particular incidencia en el contrato de seguros. En F. P. Sánchez, *Seguros: temas esenciales*. Bogota: Ecoe Ediciones.
- Sánchez, F. P. (2016). Elementos esenciales para la construccion de un sistema de seguros. En F. P. Sánchez, *Seguros: temas esenciales*. Bogota: Ecoe Ediciones.
- Sánchez, F. P. (2016). Los Seguros de Vida. El concepto del riesgo en el seguro de vida. En F. P. Sánchez, *Seguros: temas esenciales*. Bogota: Ecoe Ediciones.
- Sánchez, F. P. (2016). Seguros: temas esenciales. En F. P. Sánchez, *el contrato de seguros como contrato de adhesión*. Bogota: Ecoe Ediciones.
- Sanhueza, R. (1997). Riesgo y Mercado seguridad social en salud. *estudios de economia*, 140-141.
- Santamaria, A., & Isnardo, A. (septiembre de 2016). Incidencia de la Reticencia en el contrato de seguros. *Reticencia e inexactitud en el contrato de seguros*. Bogota: Universidad Catolica.
- Santamaria, A., & Isnardo, A. (septiembre de 2016). Obligaciones del tomador. Precontractuales . *Reticencia e inexactitud en el contrato de seguros*. Bogota , Colombia : Universidad Catolica .
- Semplici, S. (2010). el "más alto nivel posible". Un derecho asimétrico. *Acta de Bioethica*, 133-136.

- Sevilla Arias , A. (15 de diciembre de 2016). *Bien publico* . Obtenido de Economipedia: Haciendo mas facil la economia : <http://economipedia.com/definiciones/bien-publico.html>
- Sevilla Arias , A. (16 de diciembre de 2016). *definicion economica de bien* . Obtenido de Economipedia; Haciendo facil la economia: <http://economipedia.com/definiciones/bien.html>
- Sierra, M. V. (2016). Naturaleza jurídica del seguro. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 161-162.
- Significados.com. (14 de diciembre de 2017). *Homeostasis*. Obtenido de Significados.com: <https://www.significados.com/homeostasis/>
- Sutorius , M., & Rodriguez , S. (2015). Fundamentalidad del derecho al agua en Colombia . *Revista de derecho del Estado* , 245-246.
- Tamayo Lombana , A. (2012). La causa, ultima condicion para la eficacia del acto juridico. Nocion General. En A. Tamayo Lombana , *Manual de obligaciones* (págs. 206-222). Bogota : Temis S.A.
- Tamayo Lombana, A. (2012). El objeto de la Obligacion y el objeto del contrato. En A. Tamayo Lombana, *Manual de las Obligaciones Teoria del acto juridico y otras fuentes* (págs. 198-205). Bogota: Temis.
- Tamayo Lombana, A. (2012). Parte segunda: condiciones esenciales para la validez del acto juridico. Capitulo XI La capacidad. En A. Tamayo Lombana , *Manual de las obligaciones. Teoria del acto juridico y otras fuentes* (págs. 115-116). Bogota: Temis S.A.
- Tapia Conyer , R. (2016). metodologia epidemiologica de la salud . En R. Tapia Conyer , *Manual de la salud publica* (págs. 24-25). Mexico : Intersistemas.
- Tobar, F. (1998). la salud como activo economico. *Columna. Como producir salud*, 54-55.
- Tobar, F. (2001). ¿para qué sirve la economía de la salud? *Gestión en salud*, 32-43.
- UNESCO . (Noviembre de 2016). *Estrategias de la UNESCO sobre la educacion para la salud y el Bienestar: contribucion a los objetivos de desarrollo sostenible* . Obtenido de UNESCO : <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002464/246453s.pdf>
- UNESCO. (21 de mayo de 2015). objetivos, enfoques estrategicos, metas e indicadores . *Educacion 2030. Declaración de Incheon* . Incheon , Corea del Sur . Obtenido de UNESCO .
- United Nations Departament of Economic and Social Affairs. (3 de febrero de 2010). *Demopedia*. Recuperado el 17 de enero de 2018, de diccionario demografico multilingue : http://es-ii.demopaedia.org/wiki/Enfermedades_epid%C3%A9micas

- Uprimny, R. (12 de diciembre de 2005). *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Obtenido de Dejusticia. Derecho. Justicia y Sociedad : https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf
- Urueta Rojas , J. M. (2004). la dimension cuantitativa de la clausula del Estado Social social en Colombia . *Estudios Socios Juridicos* , 166-173.
- Vall Casas, A., & Rodríguez Parada, C. (21 de diciembre de 2008). *El derecho a la información del paciente : una aproximación legal y deontológica*. Obtenido de BiD: textos universitarios de biblioteconomía i documentació, núm. 21 (deseembre): <http://bid.ub.edu/21/vall2.htm>
- Vega, D. V. (2016). La mala fe y el fraude en el derecho colombiano de seguros . *Rev.Ibero-Latinoam.Seguros*, 20-21.
- Vega, D. V. (2016)). La mala fe y el fraude en derecho de seguros. *Rev.Ibero-Latinoam.Seguros*, 22-23.
- Vilosio, J. O. (2009). Economía política y salud. *OCDE organizacion para la cooperacion y el desarrollo economico*, 282-286.
- Zea, J. H. (2008). *Introduccion a la economia de la salud en Colombia*. Medellin : Universidad de Antioquia .
- Zuñiga Fajuri , A. (2011). |el derecho a la vida y el derecho a la proteccion de la salud en la Constitucion: una relacion necesaria. *Estudios constitucionales* , 39-40.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional:

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-597de 1993. Magistrado Ponente Dr.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Quince (15) de diciembre de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T- 760 de 2008. Magistrado Ponente Dr.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008)

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 225 de 1998. Dr. EDUARDO CIFUENTES

MUÑOZ. Veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998)

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-472 de 1992. Magistrado ponente. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Veintitrés (23) días del mes de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de inconstitucionalidad C-313 de 2014. Magistrado ponente. Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-121 de 2015. Magistrado ponente Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-158 de 2010. Magistrado Ponente Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Cinco (05) de marzo de dos mil diez (2010).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-959 de 2010. Magistrado Ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Veintiséis (26) de noviembre de dos mil diez (2010).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-533 de 1996. Magistrado Ponente Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Quince (15) del mes de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-171 de 2003. Magistrado Ponente Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Veinticuatro (24) de febrero de dos mil tres (2003).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-290 de 1998. Magistrado Ponente Dr. FABIO MORON DIAZ. Cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-271 de 2006. Magistrada Ponente Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Cuatro (4) de abril de dos mil seis (2006)

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-196 de 2007. Magistrado Ponente Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Quince (15) de marzo de dos mil siete (2007)

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-325 de 2014. Magistrada Ponente Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Tres (3) de junio de dos mil catorce (2014).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-201 de 2009. Magistrada Ponente Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Tres (3) de junio de dos mil catorce (2014).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de inconstitucionalidad C-655 de 2003. Magistrado Ponente Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Cinco (5) de agosto de dos mil tres (2003).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-062 de 2006. Magistrada Ponente Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Dos (2) de febrero de dos mil seis (2006).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-948 de 2013. Magistrado Ponente Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Dieciocho (18) de diciembre de dos mil trece (2013).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de inconstitucionalidad C-463 de 2008. Magistrado Ponente Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Mayo catorce (14) del dos mil ocho (2008).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de inconstitucionalidad C-111 de 2006. Magistrado Ponente Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Veintidós (22) de febrero de dos mil seis (2006).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-520 de 2003. Magistrado Ponente Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Veintiséis (26) de junio de dos mil tres (2003).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-618 de 2000. Magistrado Ponente Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Veintinueve (29) de mayo del dos mil (2.000).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-181 de 2004 Magistrado Ponente Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Veintinueve (29) de mayo del dos mil (2.000).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-158 de 2010 Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Cinco (05) de marzo de dos mil diez (2010).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-517 de 2006 Magistrado Ponente Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Siete (7) de julio de dos mil seis (2006)

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-959 de 2010. Magistrado Ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá D.C. veintiséis (26) de noviembre de dos mil diez (2010).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-081 de 2016. Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-058 de 2016. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Doce (12) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-325 de 2014. Magistrado Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Tres (3) de junio de dos mil catorce (2014).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T 346 de 2014. Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA. Cinco (5) de junio de dos mil catorce (2014).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-876 de 2014. Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO. Dieciocho (18) de noviembre de dos mil catorce (2014).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-158 de 2010. Magistrado Ponente. Luis ERNESTO VARGAS SILVA. Cinco (05) de marzo de dos mil diez (2010).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-152 de 2006. Magistrado Ponente Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Veintisiete (27) de febrero de dos mil seis (2006).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-517 de 2006. Magistrado Ponente Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Siete (7) de julio de dos mil seis (2006).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-171 de 2003. Magistrado Ponente Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Veinticuatro (24) de febrero de dos mil tres (2003).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de inconstitucionalidad C-200 de 2002. Magistrado Ponente Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Diecinueve (19) de marzo de dos mil dos (2002).

Corte Suprema de Justicia:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del dos (2) de julio de dos mil catorce (2014). Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez. Sentencia Número

(SC8435-2014) pág. 8. Copia tomada directamente de la Corporación el 30 de mayo de 2017.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco. Sentencia No SC2506-2016. Página 9. Copia tomada directamente de la Corporación el 30 de mayo de 2017.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación Civil. Veinte cuatro de enero de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Expediente No. 4045. Copia tomada directamente de la Corporación el 30 de mayo de 2017.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación Civil. Sentencia del dos (2) de julio de dos mil catorce (2014). Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez. Expediente No. SC8435-2014. Copia tomada directamente de la Corporación el 30 de mayo de 2017.

FUENTES NORMATIVAS:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Artículo 335. Capítulo I disposiciones generales. Título XII. Del régimen económico y de hacienda pública.

CÓDIGO DE COMERCIO. Título V. del contrato de seguro.

LEY 389 DE 1997. Por la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del código de comercio. Diario oficial No. 43091. Veinte cuatro (24) de julio de 1997.

LEY 35 DE 1993. Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo,

aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora. Diario oficial No. No. 40.710, de 5 de enero de 1993.

DECRETO 666 DE 1993. Estatuto Orgánico del sistema Financiero. Capítulo II. Parte XIII. Superintendencia Financiera. Dos (2) de agosto de 1993.

DECRETO 666 DE 1993. Estatuto Orgánico del sistema Financiero. Capítulo XVII. Ejercicio ilegal de las actividades financieras y aseguradora. Parte III. Normas relativas al funcionamiento de las instituciones financieras. Superintendencia financiera. Dos (2) de agosto de 1993.

DECRETO 666 DE 1993. Estatuto Orgánico del sistema Financiero. Capítulo I constitución. Parte III. Normas relativas al funcionamiento de las instituciones financieras. Superintendencia Financiera. Dos (2) de agosto de 1993.

DECRETO 666 DE 1993. Estatuto Orgánico del sistema Financiero. Capítulo VI. Cesión de cartera de las sociedades de capitalización y entidades aseguradoras. Parte III. Normas relativas al funcionamiento de las instituciones financieras. Superintendencia Financiera. Dos (2) de agosto de 1993.

CIRCULAR EXTERNA 007 DE 1996. Estatuto Orgánico del sistema financiero. Capítulo IX. Régimen patrimonial. Parte III. Normas relativas al funcionamiento de las instituciones financieras. Superintendencia Financiera. Dos (2) de abril de 1993.

CIRCULAR JURÍDICA EXTERNA 007 DE 1996. Numeral 2.1.1. Capítulo II. Seguros y reaseguros. Título VI. Capitalización, seguros e intermediarios. Superintendencia financiera. Dos (2) de agosto de 1993.

CONCEPTOS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA:

CONCEPTO INTERNO NO. 2014097500-004. Seguros, Pago por Capitalización no conlleva ejercicio de actividad aseguradora. Superintendencia Financiera. Catorce (14) de enero de 2015.

CONCEPTO NO. 2014087164-002. Seguros en salud, libertad contractual. Superintendencia Financiera. Once (11) de diciembre de 2014.