



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA No. 048 de 2012 Senado, y acumulados *“Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se crean mecanismos adicionales para su protección”*

Bogotá D.C, Noviembre de 2012

Doctora
KARIME MOTA Y MORAD
Presidenta
Comisión Primera Constitucional Permanente
SENADO DE LA REPÚBLICA
Ciudad

Respetada señora Presidenta Mota y Morad:

Por decisión de la Mesa Directiva de la H. Comisión Primera del Senado nos ha correspondido presentar ponencia para primer debate al Proyecto de Ley Estatutaria No. 048 de 2012 Senado, acumulado con los proyectos No. 105 y 112 de 2012 Senado y No. 059 de 2012 Cámara *“Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se crean mecanismos adicionales para su protección”*, que nos permitimos rendir en los siguientes términos:

1. Breve introducción

Como es bien sabido, los desarrollos jurisprudenciales¹ han conducido a que, además de las disposiciones que ya se han expedido desde 1993, Leyes 100 de 1993, 715 de 2001, 1122 de 2007, 1383 de 2010 y 1438 de 2011, entre otras, sea necesario adoptar una norma de carácter estatutario que defina el marco de ese derecho y delimite tanto la actividad del Ejecutivo como la propia del legislador.

¹ Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, sents. C-252 de 16 de abril de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-463 de 14 de mayo de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería y T-760 de 31 julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

AQUIVIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenediti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

En efecto, cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable el Decreto Declaratorio de Emergencia social², reconoció la gravedad de la problemática social en salud y exhortó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República, para que en el marco de sus competencias, aborden material e integralmente la problemática que enfrenta el sistema de salud en Colombia, entre otros, a través de la expedición de **regulaciones legislativas estatutarias**, orgánicas y ordinarias, como normas reglamentarias, para superar definitivamente la problemática estructural en salud. Además, añade que el “proceso de discusión pública que debe estar precedida del respeto por los principios democrático, participativo y pluralista, donde todos los actores de la salud, tengan oportunidad de expresarse activa, propositiva y eficazmente”.

Por ello, a través de una norma estatutaria, se pretende brindar una respuesta consistente por parte del Estado en torno a la regulación en salud, garantizando así su accesibilidad en condiciones de equidad, oportunidad y calidad en el marco de lo previsto en los artículos 44, 48, mod. A.L. 1 de 2005, y 49, mod. A.L. 2 de 2009, de la Constitución Política y dentro del respeto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional

No puede perderse de vista que esas garantías constitucionales, de obligatorio cumplimiento, requieren definirse de manera precisa para que el derecho sea garantizado de la manera más equitativa e imparcial, teniendo siempre el objetivo que el ciudadano reciba un servicio adecuado y de buena calidad. La presente ponencia recoge de los diferentes proyectos, la garantía del goce efectivo del derecho a la salud y sus mecanismos de protección, y retoma el enfoque que imprime a esta regulación la Observación General 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que se condensan y dan alcance a los instrumentos internacionales que han sido ratificados por el Estado Colombiano en materia de salud. Así mismo, se recoge lo establecido en la jurisprudencia constitucional, en especial en la sentencia T-760 de 2008.

El articulado que se somete a consideración de los honorables congresistas, se inspira en tres fuentes:

En primer lugar, los proyectos de Ley Estatutaria 048 de 2012 (S), 105 de 2012 (S), 059 de 2012 (C) y 112 de 2012 (S).

² CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-252 de 16 de abril de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio,

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolo Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho fundamental a la salud. El articulado respeta las doctrinas de la Corte y atiende el llamado a expedir una ley estatutaria que proteja el derecho a la salud como uno de los principales derechos sociales de todos los colombianos.

En tercer lugar, las orientaciones internacionales de organismos jurídicos y científicos sobre los aspectos esenciales que cualquier sistema, desde los que se basan en el aseguramiento privado hasta los sistemas de salud pública, debe contemplar para respetar, proteger y asegurar el goce efectivo del derecho a la salud.

La filosofía del articulado puede resumirse en los siguientes puntos básicos:

- 1- El proyecto reconoce que el derecho a la salud es un derecho fundamental y, por esa razón, ese derecho, junto con sus mecanismos de protección, debe ser regulado por una ley estatutaria. La ley ordinaria se ocupará del diseño del modelo y del sistema de salud. En ese sentido, el proyecto de ley estatutaria es independiente de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y del eventual cambio o sustitución que se haga con respecto al modelo adoptado en la misma.
- 2- El derecho fundamental a la salud comprende los elementos esenciales para que las personas puedan acceder de manera oportuna en condiciones de equidad a servicios de salud de buena calidad, sin barreras físicas, económicas, geográficas o de otra índole.
- 3- El derecho a la salud es más amplio que el acceso a los servicios de curación. El Estado debe impulsar políticas de prevención y promoción de la salud.
- 4- La acción de tutela no es limitada ni restringida. El proyecto agiliza la autorización o suministro de servicios de salud en un marco de reglas claras para que los usuarios no se vean obligados a acudir a procedimientos judiciales a reclamar lo que deberían recibir de manera expedita para proteger sus necesidades de salud.
- 5- El articulado adiciona mecanismos de protección muy ágiles. El derecho fundamental a la salud será también garantizado con mecanismos de protección rápidos y efectivos, internos al sistema de salud, que permiten resolver conflictos por vías más breves que la propia acción de tutela. En estos mecanismos prima el criterio de los profesionales de la salud dentro de una definición científica de lo que es mejor para el paciente. Si la capacidad

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenediti.com

www.senado.gov.co

de pago del paciente es demostradamente insuficiente para pagar los bienes o servicios no cubiertos, un comité podrá autorizar la destinación de recursos públicos para financiar total o parcialmente el bien o servicio de salud requerido.

- 6- Se regulan los derechos necesarios para el pleno ejercicio del derecho a la salud. Por ejemplo, se protege el derecho de los usuarios a elegir prestador. Se garantiza su autonomía personal para decidir sobre el curso de sus tratamientos, después de haber sido informados de las opciones. Se prohíbe la discriminación en el acceso a los servicios de salud. Se establecen mandatos de protección especial a los menores y las mujeres en estado de embarazo. Se garantiza la participación de los usuarios en las decisiones más importantes.
- 7- El derecho a la salud debe ser respetado, protegido y garantizado en su goce efectivo, independientemente del modelo que se adopte para hacerlo. El Estado tiene que cumplir estos deberes y velar porque todos los actores del sistema los respeten.
- 8- El derecho a la salud no es restringido por el plan de beneficios, en caso de existir un plan, conocido hoy como POS, tema que es dejado a la ley ordinaria y al regulador. Los planes de beneficios y otras regulaciones similares especifican las obligaciones de diversos agentes del sistema de salud, como son actualmente las EPS. Pero, en ningún caso, limitan el derecho fundamental a la salud y la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios de salud.
- 9- En las decisiones del sistema de salud relativas a la cobertura de servicios de salud y la provisión de bienes o servicios no cubiertos, deben primar los criterios médicos y científicos. A la vez, el Estado debe tomar las medidas para asegurar la sostenibilidad del sistema sin poner en riesgo el derecho fundamental a la salud.
- 10- La definición de la cobertura de bienes o servicios debe ser el resultado de un procedimiento público, colectivo, participativo, transparente, deliberativo, técnico y fundado en razones atinentes a la protección del derecho a la salud a la luz de la evidencia científica. Los costos de los bienes o servicios deben ser tenidos en cuenta para definir las modalidades de financiación y para priorizar servicios, pero nunca para excluirlos de manera absoluta e irreversible. Los bienes o servicios no cubiertos que sean requeridos por un paciente podrán ser autorizados por mecanismos especiales de manera ágil y financiados con recursos públicos, salvo en los casos en que sean



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

accesibles para el paciente sin cargas desproporcionadas. Se acaban los recobros ante el FOSYGA pero se protege la salud de las personas más allá del POS, de mantenerse un régimen basado en un plan de beneficios.

- 11- El sistema de salud debe respetar la autonomía médica, promover la autorregulación y la difusión de los adelantos médicos. A la vez, los profesionales de salud deben contribuir participando en las decisiones colectivas del sistema de salud.
- 12- Los recursos del sistema deben fluir hacia su finalidad primordial, que es la protección del derecho fundamental a la salud. El Estado debe eliminar las barreras de acceso y reducir las cargas que recaigan sobre los particulares que deban financiar servicios de salud con recursos propios. Los costos de la salud deben ser transparentes y medidos de manera continua, clara y pública, para tomar decisiones generales sobre cobertura, pero sin que sean invocados en contra de un paciente. También se debe promover la transparencia en el manejo de los recursos públicos de la salud, especialmente si estos son administrados por entidades particulares.
- 13- El sistema de salud debe ser objeto de evaluación continua, para asegurar que sea eficaz en la garantía del goce efectivo del derecho fundamental a la salud, y que siempre esté orientado hacia ese fin específico.
- 14- Para que la ley estatutaria pueda entrar a operar se adoptan disposiciones transitorias. La más importante es la creación de un plan de beneficios integral. También se avanza en el sistema de evaluación de tecnologías médicas.
- 15- El articulado deja a la ley ordinaria organizar la arquitectura del sistema de salud y la prestación del servicio. Por lo tanto, nada impide que el legislador ordinario adopte reformas sustanciales a la Ley 100 de 1993 o incluso cambie completamente de sistema.

En consecuencia y con el fin de soportar esta ponencia, luego de unas referencias a la evidente importancia de la salud y su garantía dentro del Estado social, se hará alusión al carácter fundamental del derecho y a la regulación del mismo para desembocar en ciertos aspectos asociados a la garantía y sostenibilidad que lo hagan posible y concluir, finalmente, con la explicación del articulado organizado en siete capítulos, a saber:

1. Objeto, principios, contenido, derechos y deberes.
2. Relación del derecho a la salud con otros derechos.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolo Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

3. Garantía del derecho fundamental a la salud y provisión de los bienes y servicios en salud
4. Mecanismos de protección del derecho fundamental y de resolución de conflictos
5. Profesionales de la salud
6. Garantía de los recursos del sistema de salud
7. Otras disposiciones.

2. ALGUNOS ANTECEDENTES DE RELEVANCIA

A pesar de que pareciera un tema novedoso, los intentos de regulación de estas materias por vía de una norma estatutaria datan de 2005. Un primer intento fue el de la regulación judicial de derechos sociales³. La propuesta, que avanzó hasta su aprobación en segundo debate en el Senado de la República, incluía la protección de los derechos a la alimentación, la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social y la vivienda (con la posibilidad que se incorporaran otros) a través de la acción de tutela. En cuanto a la accesibilidad en salud, se trazaba una serie de lineamientos para lograr esa protección. Por una parte, el reconocimiento de un núcleo esencial (art. 15, que no está definido) y la responsabilidad por el incumplimiento. De otro lado, las acciones afirmativas respecto de poblaciones en debilidad manifiesta (prelación de turnos, por ejemplo, art. 16), las condiciones para el acceso a prestaciones que no se encuentran en el plan de beneficios (art. 17) haciendo suyas las reglas jurisprudenciales en la materia que incluyen servicios que pueden mejorar el aspecto corporal (caso de la mamoplastia, art. 24), la limitación en los pagos moderadores (art. 21).

Posteriormente, se presentó, durante tres legislaturas seguidas, el proyecto que pretendía establecer los principios y orientaciones de la transformación social⁴. Como en el caso anterior abarcaba la garantía de varios derechos sociales. En el mismo, luego de formular una serie de principios, planteaban unas vetas esenciales en el acceso al derecho a la salud como son **1)** la dignidad de la atención de acuerdo con lo posible por parte del Estado, **2)** la formulación de una política pública en programas de prevención y tratamiento y la garantía de unos recursos físicos y humanos suficientes y, adicionalmente, el respeto a la

³ Proyecto de ley **01 de 2005** (S).

⁴ Se trata de los proyectos de ley 196/07 (S) "Por medio del (*sic*) cual se establecen los principios y orientaciones de la transformación social"; **093/08** (S) "[p]or medio de la cual se establecen los principios y orientaciones de la transformación social" y **025/09** (S) "[p]or medio de la cual se establecen los principios y orientaciones de la transformación social".

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenediti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

diversidad étnica y cultural, **3)** la garantía del consentimiento informado, **4)** el respeto al trabajo de los profesionales de la salud y su autonomía en la decisión médica, **5)** el criterio, ya rebasado, de procedencia de la acción de tutela por conexidad, lo cual contrasta con el esfuerzo de brindarle el carácter de fundamental.

Pero la visibilización de la salud como un derecho fundamental autónomo en la sentencia T-760 condujo, además, a variantes como la propuesta de incorporación de ese carácter en la Constitución⁵ o, incluso, a generar una iniciativa gubernamental de regulación estatutaria⁶.

2.1. LA SALUD COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

Teniendo en cuenta la importancia del derecho a la salud así como la necesidad de su protección especial, la Observación General 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos y Sociales empieza por declarar que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable en el ejercicio de los demás derechos humanos”.

Dicha observación recoge una evolución que ha estado rodeada del eventual antagonismo entre los derechos sociales y los derechos de libertad⁷. El desarrollo del actual constitucionalismo, en el marco de los Estados sociales del derecho como el nuestro, crea el concepto de derechos sociales fundamentales como una especie dentro de los derechos fundamentales y reúne así dos tradiciones en la evolución del pensamiento. Por un lado, la propia de los derechos sociales⁸ de

⁵ Por ejemplo, proyecto de ley **018/10 (S)** “por medio del cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”.

⁶ Dando fe de un fetichismo normativo coexistieron, en la legislatura 2010-2011, reformas constitucionales, sendos proyectos de leyes estatutarias y la nueva reforma a la Ley 100 de 1993 que se convertiría en la Ley 1438 de 2011.

⁷ Para revisar una crítica a este aspecto se puede consultar, Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, editorial Trotta, Madrid 2007. Al interior de la Corte Constitucional, cfr. Glauser, Sylvia, “Tutela de Derechos enunciados en otros capítulos”, en *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2007, págs. 19 y ss.

⁸ Cfr. Baldassare Antonio, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho número 20, Bogotá 2001. Faceta también caracterizada como constitucionalismo social. Al respecto se puede consultar, Buitrago Guzmán, María Rosalba, *Análisis comparado de inicios del Constitucionalismo Social*, en Marquardt Bernd, *Constitucionalismo comparado, acercamientos metodológicos, históricos y teóricos*, Ediciones Universidad Nacional, Bogotá 2009, pág. 415; Zarini, Helio Juan, *La Constitución Nacional*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1993, pág. 71; Marquardt, Bernd, *Historia Universal del Estado, Tomo 3, El Estado de la doble revolución Ilustrada e industrial (1776-2008)*, Ed. La carreta Histórica E.U., Bogotá, D.C., 2009, pág. 241; Marquardt, Bernd, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, Tomo 6, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., 2011.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

principios del siglo XX y, por ende, la salud, como ya se dijo, y la caracterización de qué es lo fundamental. Su enfoque tiende así a crear un nuevo concepto que haga posible su exigibilidad inmediata. Por otra, la tradición misma de la fundamentalidad de ciertos derechos y el debate que ello genera al crear una jerarquía entre aquellos que se garantizan y reconocen constitucionalmente.

La definición de derechos fundamentales se asocia generalmente a cuáles son los mismos o cuáles deben ser, generando las visiones iuspositivista o iusnaturalista⁹. El profesor Ferrajoli formula la siguiente definición:

“[...] son *derechos fundamentales* aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar”¹⁰.

Esto conduce al autor a plantear tres elementos básicos de los mismos como son su universalidad, su carácter de reglas generales y abstractas y su indisponibilidad e inalienabilidad¹¹ y, por ende, “en caso de que se quiera tutelar un derecho como “fundamental”, es preciso sustraerlo de todo intercambio mercantil [...]”.¹² Una de las tesis que soporta esta concepción en el pensamiento de Ferrajoli es la histórica y de sociología del derecho según la cual tal concepción es fruto de las luchas sociales y de acuerdos políticos.¹³ Ferrajoli involucra allí a la tipología de los derechos humanos y, entre ellos, a la salud¹⁴, de forma tal que el género es lo fundamental.

En plano de los derechos sociales y su fundamentalidad, Pisarello¹⁵, por su parte, caracteriza estos derechos anclados a la satisfacción de necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la vivienda, la salud, la educación y la alimentación y crítica el trasfondo ideológico que ha llevado a los Estados a su desprotección. Añade en cuanto a su naturaleza y exigibilidad:

⁹ Ferrajoli, Luigi, *et al*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, pág. 289.

¹⁰ *Op. cit.*, pág. 291. Igualmente, Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Ed. Trotta, Madrid, 2001 pág. 30.

¹¹ *Op. cit.*, pág. 292.

¹² *Ib.*

¹³ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Ed. Trotta, Segunda edición, Madrid, 2009, pág. 36.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Ed. Trotta, Madrid, 2001 pág. 40.

¹⁵ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, editorial Trotta, Madrid 2007, pág. 11.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co

“Esta caracterización de los derechos sociales como derechos de los más necesitados, explica que su reclamo y su consagración jurídica suelen reclutar partidarios entre quienes poseen una sensibilidad igualitaria.

Lo cierto sin embargo es que el reconocimiento de los derechos sociales está lejos de haberlos convertido en expectativas plenamente exigibles o en instrumentos aptos para satisfacer las necesidades básicas de sus destinatarios”.¹⁶

Alexy¹⁷, en punto a los derechos sociales fundamentales, aclara que la definición no puede tratarse de todo o nada en cada uno ni ofrece una respuesta sino más bien una tensión entre la libertad fáctica y los principios formales de la competencia asignada al órgano democrático. Es así como señala:

“El modelo no dice qué derechos sociales fundamentales definitivos tiene el individuo pero sí cuáles pueden tener y qué es lo que interesa en lo que se refiere a su existencia y contenido. [...] Con todo, es posible dar una respuesta general. Habrá que considerar que una posición jurídica prestacional está definitivamente garantizada por los derechos fundamentales si (1) la exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales contrapuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) se afectan en una medida relativamente reducida a causa de la garantía iusfundamental de la posición jurídica prestacional y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de derechos sociales fundamentales mínimos, es decir, por ejemplo, el derecho al mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica”.¹⁸

Aclara el profesor Alexy que los derechos sociales fundamentales mínimos definitivos se pueden tornar imposibles en épocas de crisis aunque admite que la propia ponderación puede conducir a su protección precisamente por la debilidad

¹⁶ *Op. cit.* pág. 12.

¹⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid 2007.

¹⁸ *Op. cit.*, págs. 454 y 455.



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

que generan estas coyunturas.¹⁹ Dentro de las críticas que se formulan a la proporcionalidad o ponderación están la de ser un criterio irracional y subjetivo, la carencia de legitimidad del Tribunal constitucional, los cuales son rebatidos en la obra de Bernal Pulido²⁰.

Uno de los autores que, retomando a Alexy, ha abordado el tema entre nosotros, puntualiza:

“El concepto bien desarrollado de derecho subjetivo aquí expuesto sirve a la fundamentación del concepto de derechos sociales fundamentales. El concepto bien desarrollado inmuniza al concepto de derechos sociales fundamentales contra la indeterminación. Muestra que la vulneración de los derechos sociales fundamentales es objetivamente reconocible, no desde la posición de una teoría de los bienes básicos o una lista de derechos y libertades fundamentales, sino desde una posición de consecuencialismo débil. La relevancia del concepto de derecho subjetivo para la fundamentación de los derechos sociales fundamentales puede reconocerse en el concepto de los derechos sociales fundamentales:

*Una persona tiene un derecho fundamental definitivo concreto a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas si, pese a su situación de urgencia, el Estado, pudiendo actuar, omite injustificadamente hacerlo y lesiona con ello a la persona.*²¹

Desde esta perspectiva, la pretensión de que el derecho fundamental está asociado con conductas omisivas no resulta válida ni acertada ni propia de la división de derechos en diferentes generaciones con el fin de plantear una exigibilidad o justiciabilidad, máxime si se tiene en cuenta que estamos dentro de un Estado social de derecho para el que no son neutras las condiciones sociales y económicas de los habitantes del territorio. Por ello, en la obra reseñada se plantea la siguiente ecuación “**U** □ □ **M** □ □ □ **DieA**_{pf}, que significa que cuando están dadas la situación de urgencia (**U**), las posibilidades jurídicas y fácticas del Estado

¹⁹ *Op. cit.*, 455.

²⁰ Bernal Pulido Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid 2005.

²¹ Arango Rivadeneira, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional, Legis, Bogotá 2005, págs. 346 y 347.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

(M), entonces el individuo (i) tiene un derecho concreto (D) frente al Estado (e) a una acción positiva fáctica (A_{pf})²².

Chinchilla²³, por su parte, ubica en la definición de derecho fundamental cinco elementos, a saber, un núcleo axiológico, un bien jurídico protegido, un sujeto titular y un obligado, un conjunto de deberes y un conjunto de garantías institucionales. Destaca el autor que la Corte Constitucional ha desarrollado una tesis de derecho fundamental para lo que se ha denominado como tercer mundo que define en el contexto dicho alcance, a su juicio, ganando legitimidad y previniendo contra las tesis regresivas.²⁴ En el caso del derecho a la salud, refiere la tesis según la cual es fundamental cuando el sujeto goza de protección especial (niñas o niños, población vulnerable), cuando la prestación se encuentre en el POS o por conexidad con los derechos de primera generación²⁵.

A esta se opone la visión tríadica del derecho fundamental, es decir, un titular, un destinatario y un objeto²⁶. Conviene este autor, siguiendo a Alexy, que los derechos sociales con de naturaleza restringible mediante la aplicación del principio de ponderación y quedan reducidos a mínimos vitales.²⁷

En el caso de la salud y en virtud de las sentencias C-463 y T-760, ambas de 2008, hay claridad sobre su carácter fundamental autónomo. El proceso fue avanzado hacia la configuración de un derecho exigible directamente y sin una justificación adicional, lo cual supuso un cambio de paradigma en la jurisprudencia constitucional, manifestando en las dos sentencias aludidas pero que ya se venía gestando²⁸. En la sentencia T-760 de 2008²⁹ se grafica en la evolución del criterio jurisprudencial salud de la siguiente manera:

²² *Ib.*, pág. 347. Se ha propuesto, así mismo, una fundamentación moral del derecho a la salud, en Álvarez Castaño, Luz Stella, *El derecho a la salud en Colombia: una propuesta para su fundamentación moral*, Universidad de Antioquia en Revista Panamericana de Salud Pública, 2006.

²³ Chinchilla, Tulio, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Ed. Temis, Bogotá 2009, págs. 115 y 116.

²⁴ *Op. cit.*, págs. 229 y 230.

²⁵ *Op. cit.*, pág. 143.

²⁶ Gómez Serrano, Laureano, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 2009, págs. 123 y 124.

²⁷ *op. cit.*, págs. 126 y 127.

²⁸ Se pueden tener en cuenta dentro de la configuración autónoma de ese derecho, las sents. T-096/11, T-603/10, T-744/10, T-863/09, T-201/09, T-185/09, T-165/09, T-082/09, T-1212/08, T-1182/08, T-1181/08, T-1178/08, T-1176/08, T-1118-08, T-997/08, T-990/08, T-921/08, T-882/08, T-742/08, T-626/08, T-768/07, T-594/07, T-592/07, T-059/07, T-006/07, T-1049/06, T-845/06, T-837/06, T-220/06, T-036/06, T-1126/05, T-838/05, T-776/04, T-859/03, T-227/03. Un antecedente de relevancia está en la sentencia T-016 de 22 de enero de 2007 como una de las primeras en las que se

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

- Un primer momento en el que se consideró fundamental y por ende susceptible de protección por estar asociado a la vida e integridad personal y a otros derechos de aplicación inmediata, tesis conocida como protección por conexidad.
- Coetáneamente, frente a sujetos de protección especial como es el caso de los niños, y particularmente atendiendo a lo previsto en el artículo 44 de la Constitución Política.
- Finalmente, pero eventualmente como criterio que podía utilizarse junto a los dos primeras, por no reconocer lo que se encuentra en el Plan de Beneficios.

Un balance de la exigibilidad del derecho en Argentina es presentado por Abramovich y Courtis³⁰ reconociendo las obligaciones positivas que entraña, su jerarquía constitucional, las obligaciones de los privados en esta materia, la protección especial a los niños y las personas en situación de discapacidad, el valor de los compromisos internacionales, la inclusión y exclusión de servicios en los planes de salud, la protección a la colectividad.

Hoy en día no existe cuestionamiento jurisprudencial alguno acerca de su fundamentalidad y, por ende y en consecuencia, la necesidad de una regulación como la que ahora se propone. A nivel doctrinal constituye una posición sustentada por autores que han avanzado en el garantismo en materia de derechos sociales. La propia Corte Constitucional, en sus últimas determinaciones, ha reiterado dicha condición, además de lo indicado en la sentencia C-791 de 2011³¹.

caracterizó como fundamental autónomo, sin pasar por alto la sentencia T-860 de 2003 en la cual se declaró ese carácter respecto de los contenidos del POS.

²⁹ Cfr., **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. T-760 de 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía, El significado de los derechos sociales en el Estado constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2006, págs. 108 a 121.

³¹ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-791 de 20 de octubre de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto. En cuanto a la decisiones recientes en sede de tutela cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, sents. T-066 de 14 de febrero de 2012, M.P. Jorge Pretelt Chaljub; T-067 de 14 de febrero de 2012, M.P. Jorge Pretelt Chaljub; T-103 de 20 de febrero de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-203 de 14 de marzo de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-355 de 15 de mayo de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-373 de 17 de mayo de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-433 de 12 de junio de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto; T-440 de 14 de junio de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-460 de 21 de junio de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-467 de 21 de junio de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-497 de 3 de julio de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto; T-520 de 6 de julio de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa; T-524 de 9 de julio

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

2.2. EL CONTENIDO DE LA LEY ESTATUTARIA EN SALUD

La Ley estatutaria constituye esta técnica especial de regulación de ciertas materias importantes, establecida a partir de la Constitución de 1991. De acuerdo con el artículo 152 de la Constitución Política (adicionado por el Acto Legislativo 2 de 2004), aquellas leyes que tengan que ver con la regulación de los “derechos y deberes **fundamentales** de las personas y los procedimientos y recursos necesarios para su protección” (se resalta), entre otros eventos, deben tener ese carácter³². Esta clase de normas tienen un trámite especial, una mayoría absoluta y una revisión previa de la Corte Constitucional (art. 153 *ib.*). Adicionalmente, gozan de un contenido especial que las diferencia de las leyes ordinarias, tema que la Corte Constitucional ha diferenciado, incluso a partir de la adopción de la Ley 100 de 1993³³ y en el que se ha considerado la regulación de temas como el derecho al trabajo³⁴. Por tal naturaleza y atendiendo a que supeditan el ulterior desarrollo de la actividad legislativa, deben extraer lo básico o esencial del derecho, sus linderos y la forma de protección en el sentido de regular los elementos estructurales³⁵, se ha sostenido, en materia de inhabilidades e incompatibilidades, que a través de esa normatividad no se regula el núcleo esencial del derecho.³⁶

A través de la misma se pretende brindar mayor estabilidad normativa a tales temas³⁷, previo a una serie de exigencias en su trámite. Por las mayorías exigidas

de 2012, M.P. Jorge Pretelt Chaljub; T-613 de 31 de julio de 2012, M.P. Jorge Pretelt Chaljub; T-655 de 23 de agosto de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto; T-658 de 27 de agosto de 2012, M.P. Nilson Pinilla ñilla.

³² Se destaca, entre las leyes que se han expedido como estatutarias desde la expedición de la Constitución de 1991, las siguientes (en paréntesis el literal del artículo 152 que se desarrolla): Ley 130 de 1994, estatuto de la oposición (literal c); Ley 133 de 1994, sobre libertad religiosa (literal a); Ley 134 de 1994, mod. Ley 616 de 2000, instituciones y mecanismos de participación (literal d); Ley 137 de 1994, estados de excepción (literal e); Ley 270 de 1996, mod. Ley 771 de 2002, administración de justicia (literal b); y Ley 996 de 2006, garantías electorales (literal f).

³³ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-408 de 15 de septiembre de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

³⁴ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-013 de 21 de enero de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido y frente a la Ley 25 de 1992 sobre divorcio, se pronunció dicha Corporación, *cf.* sent. C-566 de 2 de diciembre de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Igualmente y en torno a la regulación del régimen de los servidores públicos fue la tesis sostenida en la sent. C-262 de 20 de junio de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.

³⁵ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-226 de 5 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁶ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-381 de 31 de agosto de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En el mismo sentido la sent. C-392 de 6 de abril de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

para esta clase de leyes, se trata de disposiciones en las que además existe un cierto consenso (mayoría absoluta) y en el que el mismo debe expresarse en una sola legislatura sin incluir la revisión que se realiza ante la Corte Constitucional.

Pero, de otra parte, con el fin de que no se llegue al extremo de que lo estatutario no termine en el marasmo de leyes ordinarias, ha señalado entonces que aquellos casos en los que se restringen o limitan derechos se está en presencia de una norma de carácter estatutario.³⁸ Ha excepcionado, sin embargo, a los tratados internacionales, cuyo trámite es especial.³⁹ En cuanto a lo primero ha indicado, al referirse a la regulación del habeas corpus, lo siguiente:

³⁷ Se han expedido, entre otras, las siguientes leyes estatutarias de interés: **Ley 130 de 1994**, Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre la financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones, modificada por la Ley 616 de 2000, Por la cual se modifica el artículo 10 de la Ley 130 de 1994, modificada por la Ley 741 de 2002, Por la cual se reforman las Leyes 131 y 134 de 1994, Reglamentarias del voto programático; **Ley 131 de 1994**, Por la cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones, modificada por la Ley 741 de 2002, Por la cual se reforman las Leyes 131 y 134 de 1994, Reglamentarias del voto programático; **Ley 133 de 1994**, Por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política; **Ley 134 de 1994**, Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana; **Ley 137 de 1994**, Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia; Ley 163 de 1994, Por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral; **Ley 270 de 1996** - Estatutaria de la Administración de Justicia³⁷, modificada por las Leyes 585 de 2000, Por medio de la cual se derogan, modifican y suprimen algunas disposiciones de la Ley 270 de 1996 y Decreto 2699 de 1991, 771 de 2002, Por la cual se modifica el artículo 134 y el numeral 6 del artículo 152 de la Ley 270 de 1996, y 1285 de 2009, Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia; **Ley 581 de 2000** - Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones; **Ley 649 de 2001**, Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia; Ley 850 de 2003, Por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas; **Ley 971 de 2005**, Por medio de la cual se reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente y se dictan otras disposiciones; **Ley 996 de 2005**, Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones; **Ley 1070 de 2006**, Por medio de la cual se reglamenta el voto de extranjeros residentes en Colombia; **Ley 1095 de 2006**, Por la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política (hábeas Corpus); **Ley 1266 de 2008**, Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones; **Ley 1475 de 2011**, estatutaria de partidos políticos.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-374 de 13 de agosto de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-406 de 2 de junio de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

“En síntesis: la jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que las disposiciones que deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, concretamente, en lo que respecta a los derechos fundamentales y los recursos o procedimientos para su protección son aquellas que de alguna manera tocan su núcleo esencial o mediante las cuales se regula en forma “íntegra, estructural o completa” el derecho correspondiente.⁴⁰

Ha concluido, además, que los casos de leyes estatutarias son taxativos y, por ende, ni el intérprete ni el legislador pueden ampliar tales casos⁴¹ ni convertir cualquier regulación de derechos fundamentales en materia de ley estatutaria⁴² a salvo en materia electoral en donde, a criterio del Alto Tribunal, la regulación estatutaria debe ser exhaustiva quedando para el legislador ordinario la expedición de normas exclusivamente operativas⁴³.

A modo de conclusión, sobre la reserva de ley estatutaria ha manifestado:

“Sobre el alcance de la reserva de ley estatutaria se ha ocupado profusamente la jurisprudencia constitucional a lo largo de estos años, y en general los diversos pronunciamientos han defendido la tesis que dicha reserva no ha de interpretarse de manera restrictiva, en el sentido que cualquier regulación que se ocupe de las materias contempladas por el artículo 152 constitucional requiera ser expedida por medio de ley estatutaria, pues dicha interpretación conduciría a un vaciamiento de las competencias de legislador ordinario y a que se produzca el fenómeno que ha sido denominado en el derecho comparado como la “congelación del rango”⁴⁴.

No obstante, los pronunciamientos de esta Corporación han distinguido en lo que concierne al grado de rigurosidad de aplicación del principio de reserva de ley estatutaria en virtud de la materia regulada, pues en ciertos asuntos tales como las funciones electorales han defendido lo que podría denominarse una *reserva reforzada*, como se verá a continuación, mientras en los restantes tópicos enunciados por el artículo 152 constitucional ha

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-620 de 13 de junio de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-498 de 15 de septiembre de 1999, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-434 de 12 de septiembre de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-448 de 18 de septiembre de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁴ Sentencia C-307 de 2004.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co

predominado el criterio de flexibilidad en la interpretación de la reserva, tal ha sido la postura respecto de la regulación de los derechos y deberes fundamentales⁴⁵ y de la administración de justicia⁴⁶.

⁴⁵ Sobre la reserva de ley estatutaria en materia de derechos y deberes fundamentales, desde sus primeras decisiones esta Corporación ha sostenido que no se predica de la regulación de *“todo evento ligado a los derechos fundamentales”* (Sentencia C-013 de 1993), En el mismo sentido posteriormente precisó que las leyes estatutarias deben regular solamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales, y por lo tanto no tienen por objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio (Sentencia C-226 de 1994), Igualmente se ha distinguido aquellos aspectos sobre los cuales recae la reserva, al respecto se sostuvo que la ley estatutaria se refiere, en cada caso particular, a un derecho determinado y su fin es desarrollar su ámbito a partir de su núcleo esencial definido en la Constitución⁴⁵, criterio que sería ulteriormente desarrollado en el sentido que esta categoría normativa desarrolla también los contenidos más cercanos al núcleo esencial del derecho fundamental respectivo. Esta tesis evolucionaría en el sentido que la reserva de ley estatutaria se predica de los aspectos inherentes al ejercicio mismo de los derechos y primordialmente la que signifique consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, en cuya virtud se afecte el núcleo esencial de los mismos (Sentencias C-425 de 1994, C-247 de 1995, C-374 de 1997, C-251 de 1998, C-1338 de 2000). En la sentencia C-646 de 2001 la Corte Constitucional sistematizó los criterios jurisprudencialmente elaborados acerca de la reserva de ley estatutaria en materia de derechos y deberes fundamentales, y concluyó que dicha reserva se aplica cuando: (i) *el asunto trata de un derecho fundamental y no de un derecho constitucional de otra naturaleza*, (ii) *cuando por medio de la norma está regulándose y complementándose un derecho fundamental*, (iii) *cuando dicha regulación toca los elementos conceptuales y estructurales mínimos de los derechos fundamentales*, y (iv) *cuando la normatividad tiene una pretensión de regular integralmente el derecho fundamental*.

⁴⁶ En lo relacionado con la administración de justicia, en múltiples pronunciamientos esta Corporación ha hecho también una interpretación flexible del principio de reserva de ley estatutaria en la materia. Así, en la Sentencia C-055 de 1995 señaló que: *“Debe darse un sentido restrictivo a la reserva estatutaria en el campo de la administración de justicia, por lo cual ella se refiere a los elementos estructurales esenciales de la función pública de justicia, esto es, a la determinación de los principios que informan la administración de justicia, así como los órganos encargados de ejercerla y sus competencias generales”*. Del mismo modo en la sentencia C-037 de 1996, con oportunidad del examen del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, expuso que u cuerpo normativo de esta naturaleza *“debe ocuparse esencialmente sobre la estructura general de la administración de justicia y sobre los principios sustanciales y procesales que deben guiar a los jueces en su función de dirimir los diferentes conflictos o asuntos que se someten a su conocimiento”*, y en esa medida *“no todo aspecto que de una forma u otra se relacione con la administración de justicia debe necesariamente hacer parte de una ley estatutaria”*. Posteriormente, en la Sentencia C-368-00, la Corte declaró la inexequibilidad parcial del artículo 608 de la Ley 522 de 1999, el cual confiaba a una ley estatutaria la determinación de la estructura de la justicia penal militar, la declaratoria de inconstitucionalidad tuvo como fundamento nuevamente una interpretación restrictiva del principio de reserva de ley estatutaria, pues se sostuvo que *“[e]n el ordenamiento constitucional colombiano no hay más leyes estatutarias que las taxativamente enunciadas en el artículo 152 de la Carta Política; de esta norma se desprende que hay una ley estatutaria de la administración de justicia -Ley 270 de 1996-, pero en el texto que se examina se hace alusión a otra específica ley estatutaria, la que “definiría la estructura de la Administración de la Justicia Penal Militar”, que no está contemplada en el aludido artículo Superior; en consecuencia, resulta contrario a la Constitución que se condicione la entrada en vigencia de la Ley 522 de 1999, a la de una ley estatutaria que no se puede expedir sin violar el artículo 152 Superior”*. Se puede concluir, entonces, que la jurisprudencia constitucional ha defendido una interpretación flexible o si se quiere restrictiva del principio de reserva de



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

En el caso de la salud, los objetivos en su adopción serían los siguientes:

- i. Cumplir la Constitución en lo que atañe a la protección de un derecho fundamental como lo es la salud y con los alcances jurisprudenciales que se le han dado al mismo.
- ii. Priorizar aún más la salud en las políticas estatales.
- iii. Generar mayor claridad y precisión en el contenido del derecho.
- iv. Formular un pacto en salud para todos los actores y la ciudadanía en general, algo así como un acuerdo fundamental en salud. Ello se refuerza con el control previo de la Corte Constitucional, a través del cual se define con carácter de cosa juzgada absoluta la exequibilidad de la norma adoptada.
- v. Evitar que proliferen leyes sectoriales o específicas para un grupo poblacional y delimitar la actuación de otros órganos.
- vi. Como se trata de regular el derecho fundamental a la salud, debe tener como objetivo de regulación integral.

ley estatutaria en materia de administración de justicia, según la cual dicha reserva no es extensible a asuntos no contemplados en el artículo 152 constitucional por una parte, y adicionalmente que no todos los tópicos relacionados con la administración de justicia han de ser regulados por una ley de esta naturaleza. Lo que llevó a concluir en la sentencia C-162 de 2003 que *“la circunscripción de las leyes estatutarias a los temas expresamente indicados por el constituyente y la interpretación restrictiva de esas materias constituyen claros condicionamientos constitucionales que, por lo demás, han sido suficientemente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación”*.

En este último sentido es ilustradora la sentencia C-392 de 2000, en la cual se afirmó que la creación de cargos como los de jueces y fiscales especializados, la asignación de competencias a tales funcionarios y la indicación de los procedimientos que debían surtir ante ellos constituían materias propias de una ley ordinaria y no de una ley estatutaria pues *“no afectan el núcleo esencial o básico de la estructura, la organización y el funcionamiento de la administración de justicia”*.

En definitiva, de manera reiterada la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la reserva de ley estatutaria en materia de administración de justicia se aplica sólo respecto de aquellas disposiciones que *(i.) afectan la estructura general de la administración de justicia, (ii.) establecen y garantizan la efectividad de los principios generales sobre el tema, o (iii.) desarrollan aspectos sustanciales de esta rama del poder público* (sentencia C-670 de 2001 reiterada en la sentencia C-295 de 2002 y C-162 de 2003).

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

- vii. En principio, impulsar una visión garantista sin perjuicio de que se admitan límites y restricciones al ejercicio del derecho.

Decantado el tema en materia de la regulación de derechos fundamentales ha precisado:

“De acuerdo con esa jurisprudencia y con los precedentes constitucionales anteriores a ésta⁴⁷, puede concluirse que tal situación ocurre cuando (i) el asunto trata de un derecho fundamental y no de un derecho constitucional de otra naturaleza, (ii) cuando por medio de la norma está regulándose y complementándose un derecho fundamental, (iii) cuando dicha regulación toca los elementos conceptuales y estructurales mínimos de los derechos fundamentales, y (iv) cuando la normatividad tiene una pretensión de regular integralmente el derecho fundamental.

En este orden de ideas, puede observarse entonces que la existencia de las leyes estatutarias tiene una función doble, identificada especialmente por medio de los criterios (ii) y (iii). Por un lado, la de permitir que el legislador integre, perfeccione, regule y complemente normas sobre derechos fundamentales, que apunten a su adecuado goce y disfrute. Y por otro, la de establecer una garantía constitucional a favor de los ciudadanos frente a los eventuales límites que, exclusivamente en virtud del principio de proporcionalidad, pueda establecer el legislador.”⁴⁸

Si el derecho a la salud es un fundamental de una manera directa, tal y como se desprende de esa determinación, y no por conexidad, es claro que el legislador puede expedir una norma con el carácter estatutario, dentro de los límites y linderos propios de una disposición de tal naturaleza. A lo anterior, es preciso resaltar el esfuerzo generar un soporte de las políticas públicas dentro de un esquema garantista que podría ser la siguiente evolución de leyes de tal naturaleza, máxime si el Estado social de derecho se erige como la fórmula de protección del más débil.⁴⁹

⁴⁷ Entre otras, pueden consultarse las siguientes sentencias: C-567 de 1997, C – 384 de 2000, C – 670 de 2001.

⁴⁸ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-687 de 27 de agosto de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi. DERECHOS Y GARANTÍAS, La ley del Más Débil, Editorial Trotta, Madrid 2001.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenediti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

La ley estatutaria no exige una reglamentación exhaustiva de un derecho, en tanto fija sus aspectos esenciales. Al respecto, en cuanto a la regulación de profesiones se ha indicado:

“Esto significa que las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente **los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección**, pero no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico.”⁵⁰ (Se resalta)

De esta manera, se pretende que la presente ley establezca el núcleo esencial de ese derecho sin entrar en el detalle propio de una norma ordinaria como lo son las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 o 1438 de 2011, en las cuales se realizan desarrollos concretos del funcionamiento prestacional del derecho, dentro de un modelo o sistema. Así lo expuso la Alta Corporación en la sentencia C-252 de 2010 en torno a las normas susceptibles de ser expedidas para la regulación de la prestación del servicio de salud⁵¹.

Recientemente, al analizar la Ley 1438 de 2011 y en relación con el alcance de la misma ha afirmado la Corte Constitucional:

“En resumen, la jurisprudencia ha sostenido que los criterios determinantes para identificar si una disposición que regule derechos y deberes fundamentales debió ser tramitada como ley estatutaria son los siguientes: (i) en primer la materia regulada pues ha de tratarse de derechos y deberes de carácter fundamental, (ii) que trate sobre los elementos estructurales y los principios básicos del derecho o deber en cuestión, (iii) que se refiera los contenidos esenciales del derecho, (iv) que regule aspectos inherentes al ejercicio del derecho, (v) que consagre límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que delimiten el núcleo esencial, (v) cuando se trate de un cuerpo normativo que pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental, (vi) que aludan a la estructura general y principios reguladores pero no al desarrollo integral y detallado (vii) que la

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-226 de 5 de mayo de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-252 de 16 de abril de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenediti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

disposición se refiera a situaciones principales e importantes de los derechos. [...]

De la anterior descripción resulta que la ley trata esencialmente lo relacionado con el servicio público de salud, empero, debido a sus componentes prestacionales necesariamente la provisión del servicio público delimita y configura el derecho a la salud. Pues al definirse cuestiones relacionadas con el servicio público igualmente se definen las prestaciones a las que se tiene derecho, sus titulares y los sujetos obligados. Ahora bien, la relación entre la regulación del servicio público y el derecho a la salud no tiene siempre la misma intensidad, pues por ejemplo aquellas disposiciones que definen las prestaciones que pueden ser exigidas por los usuarios hacen parte del derecho fundamental a la salud (como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de las sentencias T-859 y T-860 de 2003), mientras que la regulación de la financiación del sistema de seguridad social en salud no tiene una relación tan estrecha, aunque no cabe duda que el flujo de recursos guarda relación con la efectiva garantía de la salud o al menos de algunos de sus componentes tales como la disponibilidad y la accesibilidad, y aun puede ser entendido como más tenue el vínculo entre el derecho y las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de ciertos entes estatales, sin que llegue a desaparecer pues precisamente el ejercicio de esas funciones estatales garantiza la eficiente prestación del servicio y a su vez una efectiva garantía del derecho.

De manera tal que se genera una conexidad normativa entre las distintas facetas de la salud, lo que obliga a una especial prudencia cuando se trata de examinar el alcance de la reserva de ley estatutaria en la materia. En efecto, entender que todo lo relacionado con la salud está sujeto a esta modalidad legislativa llevaría a una rigidez normativa que, dadas las particulares exigencias del procedimiento de expedición de una ley estatutaria, produciría una suerte de petrificación normativa (o congelamiento del tipo como ha sido denominado previamente la jurisprudencia constitucional) que por un lado tendría consecuencias claramente desfavorables, pues dificultaría la adopción de medidas dirigidas a hacer más eficiente la prestación del servicio público o inclusive a ampliar los componentes prestacionales del derecho a la salud, pero además desde la perspectiva estrictamente constitucional supone una restricción de la libertad de configuración del Legislador, e iría en contra de la jurisprudencia de esta Corporación que ha

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

defendido de manera reiterada un entendimiento restrictivo de la reserva de ley estatutaria.⁵² (se resalta)

En una de sus últimas decisiones, la Corte Constitucional (sent. C-791 de 2011) pretendió alinderar los dos aspectos de la siguiente manera:

- i. La reserva de ley estatutaria no debe entenderse de manera restrictiva. Las materias allí contenidas no deben ser reguladas en su totalidad a través de esa figura pues, de lo contrario, se vaciaría la competencia del legislador ordinario. Esto es claro en el caso de la regulación de derechos fundamentales.
- ii. No obstante, en ciertos temas se ha exigido una regulación exhaustiva en materia estatutaria, a saber la reserva reforzada en temas como el electoral.
- iii. En el caso de la regulación de los derechos fundamentales, en particular porque coexiste la ley estatutaria con la ley ordinaria, se ha indicado lo estatutario regula “solamente los elementos **estructurales esenciales de los derechos fundamentales**, y por lo tanto no tienen por objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio” (se resalta).
- iv. Lo estructurante sería el núcleo esencial que se ha traducido en “lo que signifique consagración de **límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, en cuya virtud se afecte el núcleo esencial de los mismos**”.
- v. No obstante, debe comprender también la regulación de los aspectos principales e importantes al derecho que se regula.

Por su parte, retomando la sentencia T-760 de 2008 se advierte que el derecho a la salud comprende dentro de sus elementos esenciales:

- Una organización por parte del Estado que le permita cumplir con las obligaciones de respetar, proteger y garantizar.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-791 de 20 de octubre de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto.



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

- El acceso a los servicios requeridos con necesidad de manera oportuna, eficaz y de calidad e integral (aún más en situación de urgencia) por parte de los responsables. Esto implica una formulación de políticas y acceso a las medidas de promoción y prevención.
- En consecuencia, no confiere el derecho al acceso a servicios suntuarios, cosméticos, es decir, no necesarios en los términos que ha indicado la jurisprudencia, a saber, no está de por medio la funcionalidad de la persona, la vida e integridad personal en condiciones dignas.
- La eliminación de barreras de acceso (C-542 de 1998) y discriminación.
- La consideración de la capacidad de pago de la personas.
- La especial protección a sectores en debilidad manifiesta, de preferencia las niñas y los niños. Igualmente, respecto de personas que padecen enfermedades catastróficas o de alto costo.
- El derecho a una información adecuada.
- Un deber de solidaridad frente a quienes tienen capacidad de pago.
- En principio, la no regresividad.
- Garantía de una financiación adecuada (C-1165 de 2000) y un flujo de recursos adecuado que llegue a la salud. Este tema plantea la tensión entre la sostenibilidad fiscal y el acceso a un servicio de salud requerido con necesidad, aspecto que el Acto Legislativo 3 de 2011 prevé de la siguiente manera:

“Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.

En sentencias T-055 y T-717, ambas de 2009, se indicó que forma parte del núcleo esencial de derecho a la salud, el derecho al diagnóstico y, aludiendo a la salud, el derecho a mantener un estado saludable y conservarlo así como las medidas de rehabilitación. En cuanto a este tema, en la sentencia C-791 de 2011 se retoma el planteamiento realizado en la sentencia C-081 de 2005, así:

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenediti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

“La sentencia C-981 de 2005 trae una exposición más exhaustiva de los criterios antes referidos y los presenta de la siguiente manera: *“Puede extractarse de la jurisprudencia constitucional mencionada, que la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales, debe referirse a: i) normas que desarrollan y complementan los derechos ii) que regulan solamente los elementos estructurales esenciales, iii) que regulan de forma directa su ejercicio y también el desarrollo de su ámbito a partir del núcleo esencial definido en la Constitución, iv) que refieran a los contenidos más cercanos al núcleo esencial, v) que regulan aspectos inherentes al ejercicio y principalmente lo que signifique consagrar límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial, vi) cuando el legislador asuma de manera integral, estructural y completa la regulación del derecho, vii) que aludan a la estructura general y principios reguladores pero no al desarrollo integral y detallado, regulando así la estructura fundamental y los principios básicos, y viii) que refieran a leyes que traten situaciones principales e importantes de los derechos.”*”

Se trata, en consecuencia, de extraer del derecho sus elementos propios y esenciales, los aspectos que lo caracterizan de manera inherente y sin los cuales pierde su naturaleza, sin entrar en los detalles y características específicas del modelo. De esta manera, y es el atributo de esta clase de normas, que cualquiera sea la fórmula prestacional que se adopte, el legislador ordinario debe fijar los linderos. La iniciativa, además, debe contener claramente los mecanismos de protección del derecho.

Teniendo en cuenta los anteriores acápites, una ley estatutaria en salud debe recoger los aspectos esenciales al disfrute del derecho, vale decir, los apartes básicos en su regulación de forma tal que se constituyan en la parte estructural del derecho que debe ser respetada por el modelo de atención que se determine. Se trata de aspectos que, sin duda, deben tener vocación de permanencia y a través de los mismos se delinear los tópicos sin los cuales el derecho fundamental a la salud se desvirtuaría.

3. RESUMEN DE LOS DIFERENTES PROYECTOS DE LEY ACUMULADOS

Como se ha expresado, se presentaron cuatro proyectos de ley cuyo propósito es regular el derecho fundamental a la salud. Su contenido, de manera sucinta, es el siguiente:

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenediti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

El primero de ellos, 048 de 2012 - Senado, titulado “*Por medio del cual (sic) se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones*”, está organizado en 15 artículos. Se determina el objeto del mismo así como su ámbito de aplicación. Este proyecto incluye unas definiciones y, a renglón seguido, propone que se formulen doce principios: 1. Prioridad del Sistema, 2. Promoción de la Salud y Prevención de la Enfermedad, 3. Universalidad, 4. Igualdad, 5. Solidaridad, 6. Equidad, 7. Calidad, 8. Sostenibilidad, 9. Progresividad, 10. Participación Social, 11. Corresponsabilidad, 12. Transparencia, y aclara que la regulación está centrada en lo que corresponde al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En los artículos 5° y 6° establece los derechos y deberes de los usuarios del SGSSS. El artículo 7° se detiene en los criterios para determinar el Plan único de Beneficios y en el 8° su contenido, exclusiones y forma de actualización. En el artículo 9° establece la exigibilidad de los beneficios así como el procedimiento para acceder a aquéllos bienes o servicios no contenidos en el Plan. A renglón seguido, el proyecto determina la forma de financiamiento de dicho plan y contempla la creación de un pagador único, artículo 11 y una central única de recaudo, artículo 12. Como parte de la regulación se contempla una norma específica en materia de indicadores de salud y de calidad y finalmente, en el artículo 14, se crea una acción especial en salud con fundamento en lo establecido en el artículo 89 de la Constitución Política, destinada a resolver los conflictos en salud a cargo de la jurisdicción civil.

El proyecto presentado en la Cámara de Representantes 059 de 2012 “*Por la cual se dictan las normas de carácter estatutario para el ejercicio del derecho de acceso a la salud y se adoptan disposiciones complementarias en la materia*”, se estructura en 35 artículos divididos en ocho capítulos. En el primer capítulo se define el objeto de la norma, el alcance del derecho a la salud y la naturaleza del derecho como prestacional y, en todo caso, fundamental e irrenunciable. El capítulo II, por su parte, contiene los derechos y deberes de los actores del SGSSS. Retomando la Observación General 14 de 2000 enuncia las obligaciones del Estado y, a renglón seguido, alude a los principios de solidaridad, integralidad, pertinencia, oportunidad, sustentabilidad científica, justicia, equidad, sostenibilidad financiera y suficiencia; posteriormente enuncia los deberes y obligaciones de los usuarios. En el capítulo III, establece sendos criterios para el modelo de servicio que se adopte como básicos, señala lo relativo al contenido del plan de beneficios, las coberturas adicionales y la responsabilidad de los médicos conforme a estándares. Con respecto al Capítulo IV, se incorporan los mecanismos de financiación de los no se encuentra incluido, la forma en que se cubre y los controles que se establecen. En la financiación se incluye el estudio de capacidad de pago de la persona. El capítulo V enuncia y define cada uno de los derechos de

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

los usuarios, a saber, los de condiciones de acceso, atención básica, acceso a los servicios de salud, acceso a los servicios de salud pública, libre elección, información y consentimiento informado, protección del acceso para bienes incluidos o no en los planes a través de la acción de tutela, y al eliminación de barreras de acceso. En el Capítulo VI, el proyecto contempla la creación de una jurisdicción especializada en salud, con elementos propios de organización, procedimiento y valoración probatoria. Finalmente, en el capítulo VII incluye tres disposiciones relaciones con la formulación de la política farmacéutica y en el capítulo VIII culmina con la cláusula de vigencias y derogatorias.

Por su parte, el proyecto de ley 105 de 2012 - Senado, cuyo título es “por la cual se reglamenta el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, contiene en 26 artículos, divididos en tres capítulos. Las disposiciones generales, capítulo I, enuncian el objeto, el carácter fundamental del derecho y los componentes esenciales del mismo y el régimen de prevalencia y protección especial a ciertas poblaciones. En las obligaciones generales del Estado adopta la Observación General 14 de 2000 y luego desemboca en la formulación de los principios de universalidad, accesibilidad, aceptabilidad, equidad, solidaridad, gratuidad, calidad, disponibilidad, interculturalidad, eficiencia, transparencia y *pro homine*. En el Capítulo II, se desarrollan los criterios para el respeto, protección y garantía del derecho en materia de: autonomía y libertad en salud, dignidad, institucionalidad intersectorial y determinantes en salud, acceso a los bienes y servicios de salud que se requieren con necesidad que incluye la cobertura, el financiamiento administración de los recursos, la prestación de los servicios, las prestaciones económicas y la articulación de servicios complementarios y la información en salud y aclara que no es necesario demostrar falta de capacidad de pago. Contempla la prioridad en servicios, tejidos y órganos para naciones y residentes, la exclusión de bienes y servicios que no se requieren con necesidad, la política laboral en salud, la dignidad en el trabajo y su estabilidad, entre otros aspectos, la autonomía profesional en salud y el señalamiento de políticas complementarias en insumos, tecnología y medicamentos, talento humano, innovación y tecnología, la participación ciudadana en las diversas facetas. Concibe un organismo de rectoría de Sistema único Descentralizado de Seguridad Social en Salud así como su composición, funciones y forma de elección de sus representantes y un organismo de dirección al que se articular los territorios de salud. Propone una central única de recaudo, la responsabilidad social en salud, unas instancias para la resolución de conflictos y las diferentes instancias de inspección, vigilancia y control. Para finalizar, en el capítulo III incluye unas disposiciones de transición y vigencia, para la entrada en vigencia del nuevo

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

esquema y de la institucionalidad que se crea. Señala que la norma estatutaria deroga las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

Finalmente, el proyecto de ley 112 de 2012 - Senado, titulado “*Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud, se determinan sus principios mínimos y se dictan otras disposiciones*”, contiene 29 artículos organizados en cuatro capítulos. En el primer capítulo, se señalan las disposiciones generales, se enuncia el objeto y se establece el carácter fundamental del derecho y sus características. En cuanto a los principios plantea los de universalidad, gratuidad, solidaridad, el carácter público, equidad, integralidad, calidad, accesibilidad, rentabilidad social, eficiencia, interculturalidad, gestión y transparencia y *pro homine*. Señala, en cuanto a los determinantes en salud que es tarea del Gobierno Nacional implementar una política social (art. 4º), y formula el contenido de la participación ciudadana (art. 5º). Contempla la responsabilidad social en salud y determina que la rectoría en salud corresponde al Gobierno. En los restantes artículos del capítulo desarrollo los conceptos e institucionalidad de redes de salud, las direcciones de información y medición, el carácter de los recursos de la salud como públicos así como su destina e inembargabilidad y la prohibición de intermediación. El capítulo II desarrolla los criterios para el respeto, protección y garantía del derecho. Señala el esquema de la provisión de servicios e indica que el eje del derecho es la salud pública a través de la estrategia de Atención Primaria en Salud y, en el siguiente artículo, establece su organización. En los artículos 16 y 17 contempla la atención preferencial a ciertas poblaciones y en el 18 se refiere a la autonomía de los profesionales de la salud. El artículo 19 señala que el uso de órganos es prioritariamente para los residentes en el país y en el artículo 20 enuncia claramente las prestaciones, bienes y servicios de salud no cubiertos. En el capítulo III define las diversas políticas para la garantía del derecho en materia de información, talento humano, laboral, insumos, medicamentos y tecnologías e inspección vigilancia y control. En el último capítulo establece un término de transición, la obligación de presentación de un proyecto o proyectos de ley y las vigencias y derogatorias.

Como se advierte, existen rasgos comunes en las iniciativas y otros aspectos que se trabajan en una o lagunas de ellas.

4. CONTENIDO DEL ARTICULADO DE LA PONENCIA

La norma está estructurada en siete capítulos, a través de los cuales se regula el derecho fundamental a la salud y sus mecanismos de protección. Contempla,

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenediti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

además, unas normas transitorias mientras se realizan las definiciones que corresponde efectuar al legislador en el segundo nivel de regulación. Lo anterior, no significa, necesariamente, que el SGSSS desarrollado a partir de la Ley 100 de 1993 deba ser necesariamente modificado o sustituido. Bien puede depurarse dicho esquema o, si así se considera, establecer otro modelo. Lo que sí es evidente es que cualquiera que sea el modelo que se adopte, deben tenerse en cuenta, como elementos mínimos en la garantía del derecho.

CAPÍTULO I. OBJETO, PRINCIPIOS, CONTENIDO, DERECHOS Y DEBERES

En el artículo 1°, además de describir el objeto de la regulación que se va a expedir, en la ponencia se establece explícitamente que el derecho a la salud es un derecho fundamental. Se aclara, adicionalmente, que en ningún momento se pretende afectar, restringir, limitar o coartar el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo de protección por excelencia. Por lo tanto, debe quedar claro que ni en esta declaración que es explícita ni en ninguna otra disposición de la ponencia, se somete esta acción constitucional a un trámite adicional o se restringe su utilización en defensa del derecho fundamental.

Ahora bien, en cumplimiento de la orden 30 de la sentencia T-760 de 2008, lo evidente es que la acción de tutela no debe ser el mecanismo ordinario para resolver el conflicto en salud y es por ello que la ley prevé un procedimiento al interior del mismo sistema, ágil y basado en evidencia científica que de respuesta a las necesidades, dentro de un escenario garantista y respetuoso de la autonomía médica, aspecto que en sus detalles se abordará más adelante.

La norma propuesta recoge las diferentes redacciones que traen los proyectos acumulados en relación con el objeto y su alcance, adecuándolo al contenido que se incorpora a la ponencia. Es importante reiterar que por su carácter no expresa un modelo sino que deja al legislador ordinario su definición. Por otra parte, se refuerza la idea según la cual el legislador, en el segundo nivel de regulación, dispondrá el esquema específico de regulación.

Teniendo en cuenta lo anterior, se propone la siguiente redacción:

Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto regular el derecho constitucional fundamental a la salud y sus mecanismos de protección. Esta

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenediti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

regulación no afecta el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo de protección de ese derecho constitucional fundamental.

En ningún caso las normas establecidas en la presente ley estatutaria podrán ser interpretadas como una restricción al legislador para modificar el modelo conforme al cual se prestan los servicios de salud o sustituirlo integralmente, siempre que se avance en el respeto, protección y garantía del goce efectivo del derecho a la salud.

Parágrafo. La ley definirá el modelo para la prestación de los servicios de salud y establecerá los procedimientos, la institucionalidad específica, los mecanismos de ejecución y las fuentes de financiación entre otros aspectos relacionados con la provisión de ese servicio público, con sujeción a lo señalado en la Constitución y en la presente ley.

En relación con el artículo 2º, se reitera el carácter fundamental del derecho y se precisa que las limitaciones al mismo sólo pueden ser razonables y proporcionales. La razonabilidad y proporcionalidad, ha sido trabajada por la Corte Constitucional en muchas ocasiones, tratándose de limitación o ponderación de derechos por lo que tienen un referente jurisprudencial claro. Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales para efectuar el test de igualdad, en punto a la razonabilidad y la proporcionalidad ha indicado la Alta Corporación:

“7.7. Las razones que resultan legítimas para adoptar tratos diferenciales deben procurar, además, restringir en la menor medida posible, tanto el derecho general a la igualdad, como los demás derechos y principios constitucionales que puedan verse involucrados, afectados o intervenidos en la decisión. En tal sentido, las medidas deben ser *razonables* y *proporcionales*⁵³, juicio de igualdad de origen europeo⁵⁴, que ha constituido una herramienta analítica útil para el desarrollo de dicho derecho en sede constitucional. Por esa razón, la Corte ha expresado que para que un trato diferenciado sea válido a la luz de la Constitución, debe tener un propósito constitucionalmente legítimo, y debe ser proporcional, en el sentido de que

⁵³ Ver, sobre el principio de proporcionalidad, las sentencias T-015 de 1994, C-022 de 1996, C, T-230 de 1994, C-584 de 1997, C-309 de 1997 y T-916 de 2002.

⁵⁴ Empleada inauguralmente por el Tribunal Constitucional Alemán y la Corte Europea de Derechos Humanos, según explicó la Corte en sentencias T-422 de 1992, C-026 de 1996 y C-093 de 2001.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co

no implique afectaciones excesivas a otros propósitos constitucionalmente protegidos.

7.8. La *proporcionalidad*⁵⁵ del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su “*idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); necesidad, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad*”^{56, 57}.

En el contexto de la naturaleza y contenido, esta declaración limita el capricho y la arbitrariedad en la materia y exige que los límites que se establezcan para este derecho fundamental estén lo suficientemente soportados y, en todo caso, no generen cargas excesivas para las personas.

Ahora bien, la declaración de “fundamentabilidad” del derecho a la salud se encuentra contenida específicamente en los proyectos 059 de 2012 – Cámara, 105 de 2012 – Senado y 112 de 2012 Senado y, reconoce la evolución jurisprudencial en la materia que desembocó en su carácter de fundamental autónomo.

Adicionalmente, en cuanto al contenido del derecho a la salud, se retoma lo establecido en el artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, que recoge lo propuesto en los proyectos 048 de 2012 – Senado y 059 de 2012 - Cámara.

Por lo anterior, de conformidad con los diferentes textos acumulados, se propone la siguiente redacción:

⁵⁵ Cfr. Sentencia C-022 de 1996. Sobre el alcance del principio de proporcionalidad como herramienta hermenéutica, ver también los fallos T-015 de 1994, C-309 de 1997. C-475 de 1997, C-392 de 2002.

⁵⁶ Ibíd.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-296 de 18 de abril de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

Artículo 2. Naturaleza y contenido del derecho a la salud. El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental sujeto exclusivamente a limitaciones razonables y proporcionales.

El derecho fundamental a la salud comprende el acceso a los servicios de salud para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.

El Estado deberá respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud. El legislador podrá determinar la forma en que los particulares participarán en el cumplimiento de estos deberes.

A lo anterior debe agregarse las obligaciones de respetar, proteger y garantizar del Estado a las que alude la Observación General 14 de 2000, que se retoma en la sentencia T-760 de 2008, las cuales son desarrolladas en los artículos 3° a 5° y que se encuentran enunciados en el proyecto 105 de 2012 - Senado, en su artículo 4°.

En la obligación de **respeto**, se trata de evitar el hecho dañoso a la persona y el respeto al libre desarrollo de la personalidad. El Estado no puede llegar a exigir un comportamiento específico del ciudadano ni limitar las opciones existentes de cuidado. No obstante, sí es su obligación garantizar que exista una respuesta a un padecimiento o una necesidad en salud pública y que, además, se prevea una institucionalidad y se formule una política de promoción de la salud y prevención de la enfermedad. Por su parte, el deber de **proteger**, siguiendo la mencionada Observación, comprende un conjunto de acciones tendientes a impedir la violación del derecho por parte de terceros lo que supone un ejercicio de la inspección, vigilancia y control y el establecimiento de mecanismo que evitan la violación del derecho fundamental. A su turno, el deber de **garantizar** (cumplir) comprende la adopción de políticas, la regulación coordinada con miras dar plena efectividad al derecho fundamental así como un conjunto de acciones tendientes al seguimiento, monitoreo y anticipación respecto de las situaciones de salud de la población. Precisamente, para ello, se contempla en los artículos 6° y 7°, las obligaciones de evaluar anualmente los resultados del goce efectivo del derecho y la adopción de políticas conforme a los mismos, y en forma cuatrienal, el sistema de salud adoptado por el legislador según los criterios que se indican en el artículo 7°. La existencia de indicadores es un elemento esencial para el avance en el derecho y así se reconoce en el proyecto 048 de 2012 - Senado.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenedetti.com

www.senado.gov.co



OFICINA H.S. ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

Así, teniendo en cuenta lo anterior y los diferentes textos acumulados, se propone lo siguiente:

Artículo 3. Contenido del deber de respetar. La obligación de respetar exige que el Estado se abstenga de injerir directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud. En cumplimiento de la obligación de respeto, el Estado se abstendrá de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas.

Artículo 4. Contenido del deber de proteger. En cumplimiento de la obligación de proteger el derecho fundamental a la salud, el Estado deberá:

- a) Adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de oportunidades para toda la población, así como adoptar políticas específicas para mejorar el sistema.
- b) Expedir regulaciones que logren la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del sistema hacia la garantía del derecho a la salud.
- c) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano o las entidades especializadas en el ámbito de la salud que se determine para tal efecto.
- d) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y sancionar a quienes irrespeten el derecho.

Artículo 5. Contenido del deber de garantía del goce efectivo. En desarrollo de la obligación de garantía del goce efectivo del derecho fundamental a la salud, el Estado deberá:

- a) Velar por el cumplimiento de los elementos esenciales del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población.
- b) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas.
- c) Adoptar procedimientos y realizar estudios, encuestas e indicadores para hacer un seguimiento a las necesidades de salud y el mejoramiento de las condiciones de salud de toda la población.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825376
www.armandobenediti.com

www.senado.gov.co