

Sentencia C-1042/07

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Improcedencia porque cuando se alega vulneración de reserva de ley orgánica no se requiere demostrar el trámite de la norma en el Congreso

CONGRESO DE LA REPUBLICA-Deber de indicar en el título de la ley el tipo al cual pertenece

Así como el título de la ley, desde un punto de vista material, debe ajustarse a los postulados constitucionales, asimismo, desde una perspectiva formal, aquél debe ser indicativo del trámite que surtió el proyecto de ley en el Congreso de la República. Para efectos de una adecuada técnica legislativa, las distintas clases de leyes de Colombia deben ser tituladas de manera tal que se tenga la suficiente claridad, por parte de los ciudadanos y los diversos operadores jurídicos, acerca del tipo de ley al que corresponden

LEY ORGANICA-Reglas y criterios estructurales del concepto/LEY ORGANICA-Carácter instrumental en tanto reguladora de la actividad legislativa del Congreso de la República

La Constitución de 1991 establece, a lo largo de su articulado, un conjunto de reglas y criterios estructurales del concepto de ley orgánica en Colombia, entendida ésta como un texto normativo encaminado a regular la actividad legislativa del Congreso de la República sobre determinadas materias o contenidos preestablecidos de manera taxativa por la Carta Política. La especificidad y características esenciales que revisten las leyes orgánicas en Colombia, en tanto que tipo de ley especial, se ponen de presente al examinar sistemáticamente el Texto Fundamental.

LEY ORGANICA-Funciones que está llamada a cumplir

En el constitucionalismo occidental, la ley orgánica ha cumplido diversas funciones: complemento de determinados contenidos del Texto Fundamental; criterio para establecer límites a la potestad reglamentaria del Ejecutivo; y norma instrumental del procedimiento legislativo. Las leyes orgánicas han sido entendidas como textos normativos que están llamados a desarrollar la Constitución misma sobre determinados temas, es decir, como un instrumento encaminado a evitar que el texto constitucional sea constantemente reformado.

LEY ORGANICA-Jerarquía e importancia

En materia de leyes orgánicas, existe efectivamente una jerarquía, en el sentido de que las materias orgánicas no pueden ser derogadas o modificadas mediante leyes de diferente naturaleza.

RESERVA DE LEY ORGANICA-Asuntos deferidos a este tipo de leyes/RESERVA DE LEY ORGANICA-Decisión en caso de duda

Los asuntos materia de ley orgánica se encuentran determinados de manera expresa en la Constitución, no pudiendo, entonces, suplantarse la voluntad del Constituyente extendiendo la reserva de ley orgánica a asuntos que él no consideró necesario deferir a este tipo de leyes. La duda en el caso de si una determinada materia tiene reserva de ley orgánica o no,

debe resolverse a favor del legislador ordinario, por dos razones fundamentales: la cláusula general de competencia del legislador y por las limitaciones de las leyes orgánicas que constituyen un límite al proceso democrático.

LEY ORDINARIA Y LEY ORGANICA-Variedades de conflicto que se pueden presentar

LEY ORGANICA-Procedimiento legislativo para su aprobación

El procedimiento legislativo requerido para la aprobación de la ley orgánica está sometido a una rigidez constitucional, en el sentido de que el respectivo proyecto de ley debe ser aprobado por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

AUTONOMIA TERRITORIAL PARA CONTRATAR CON INSTITUCIONES PARTICULARES LOS SERVICIOS DE SALUD PARA LA POBLACION MAS POBRE NO ASEGURADA-Competencia del Ministerio de la Protección Social para emitir autorización previa y plazo para emitirla

Si bien la autorización previa no se torna en un requisito irrazonable o absurdo, ya que busca en una situación excepcional constatar que las instituciones prestadoras de salud con las cuales se va a contratar por el Departamento o Municipio fuera de su área de influencia garanticen la prestación oportuna, eficiente y adecuada del servicio de salud y, por lo mismo no desconoce prima facie la autonomía de las entidades territoriales, la Corte estima necesario condicionar la exequibilidad del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, a que la expedición de la respectiva autorización se realice dentro del plazo establecido en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo para responder peticiones, cumplido el cual se entenderá que se ha concedido la autorización.

SALUD PUBLICA-Concepto

Conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país. Tales acciones se realizarán bajo la rectoría del Estado y deberán promover la participación responsable de todos los sectores de la comunidad, en los términos de la ley.

INVIMA-Naturaleza jurídica y objeto

El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, es establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de la Protección Social, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, creado mediante la Ley 100 de 1993, cuyo objeto es la ejecución de la política pública en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de alimentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos quirúrgicos, odontológicos, productos homeopáticos y otros que puedan tener impacto en la salud pública.

RESERVA DE LEY ORGANICA-Atribución de competencias al INVIMA de policía administrativa para ejercer labores de inspección, control y vigilancia en materia sanitaria

El examen de los antecedentes de la Ley 1122 de 2007 evidencian pues que el actual artículo

34 fue aprobado por la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras, con lo cual el cargo de inconstitucionalidad por violación de la reserva de ley no está llamado a prosperar. Además, el legislador operó una distribución de competencias, quedando entonces la entidades territoriales encargadas de realizar tales labores en lo atinente a la cadena de distribución y comercialización de los alimentos y del transporte asociado a esas actividades, en tanto que al INVIMA se le asigna otra parte de la cadena, como lo es aquella de la producción y procesamiento de alimentos y del transporte asignado a esas actividades. En otras palabras, el artículo 34 de la Ley 1122 de 2007 estableció un nuevo modelo de inspección, vigilancia y control en materia de alimentos en Colombia. Así las cosas, la defensa de la salubridad pública y la generación de confianza en los productos nacionales en el contexto del comercio internacional, justifica la redistribución de competencias en materia sanitaria y el fortalecimiento del INVIMA.

PRESUNCION DE CONSTITUCIONALIDAD REFORZADA EN PRINCIPIOS DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA-Carga argumentativa mayor en demanda de inconstitucionalidad

Referencia: expediente No. D-6762

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1122 de 2007, artículos 20 (parcial), 34 literales a), b) y c)

Demandante: Alfonso Angarita Ávila.

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de Diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Alfonso Angarita Ávila demanda la inexecutable de los artículos 20 (parcial) y 34, literales a), b) y c) de la Ley 1122 de 2007, por considerar que vulneran los artículos 2, 48, 49, 151, 209 y 287 constitucionales.

II. DISPOSICIONES DEMANDADAS.

A continuación se transcribe la integridad de las disposiciones acusadas, tal y como aparecen publicadas en el Diario Oficial núm. 46.506 del 9 de enero de 2007, p. 60, subrayando los apartes acusados.

LEY 1122 DE 2007

(enero 9)

por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Artículo 20. Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda. Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas.

(...)

Artículo 34. Supervisión en algunas áreas de Salud Pública. Corresponde al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, como autoridad sanitaria nacional, además de las dispuestas en otras disposiciones legales, las siguientes:

a) La evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos;

b) La competencia exclusiva de la inspección, vigilancia y control de la producción y procesamiento de alimentos, de las plantas de beneficio de animales, de los centros de acopio de leche y de las plantas de procesamiento de leche y sus derivados así como del transporte asociado a estas actividades;

c) La competencia exclusiva de la inspección, vigilancia y control en la inocuidad en la importación y exportación de alimentos y materias primas para la producción de los mismos, en puertos, aeropuertos y pasos fronterizos, sin perjuicio de las competencias que por ley le corresponden al Instituto Colombiano Agropecuario, ICA. Corresponde a los departamentos, distritos y a los municipios de categorías 1ª 2ª, 3ª y especial, la vigilancia y control sanitario de la distribución y comercialización de alimentos y de los establecimientos gastronómicos, así como, del transporte asociado a dichas actividades. Exceptuase del presente literal al departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por tener régimen especial.

III. LA DEMANDA.

El ciudadano Alfonso Angarita Ávila demandó la inexecutable de la expresión “previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue”, del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007; el literal a) del artículo 34 de la misma ley, a cuyo tenor “la evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos”; al igual que la expresión “exclusiva”, de los literales b) y c) del mencionado artículo, por considerar que vulneran los artículos 2, 48, 49, 151, 209 y 287 constitucionales.

En relación con la expresión “previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue”, del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, sostiene el demandante que mediante ésta se quebrantó con “una norma ordinaria la ley orgánica de competencias y

recursos contemplada en la Ley 715 de 2001”, ya que se limitó la autonomía de las entidades territoriales en materia de contratación de servicios de salud para atender a la población no cubierta por subsidios a la demanda, es decir, los llamados vinculados del SGSSS.

Insiste en que la restricción en el sentido de contar con una autorización previa para la contratación de servicios de salud con su “red no adscrita, cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente, viola directamente la autonomía de las entidades territoriales poniendo en grave riesgo el derecho a la salud de la población pobre y enferma que no se encuentra cubierta por el sistema mercantilista de la seguridad social en salud”.

Afirma el demandante que, según la Constitución, es deber de las entidades territoriales garantizar la prestación de los servicios de salud a la población pobre y vulnerable que habita en su jurisdicción, lo cual encuentra sustento legal, en especial, “en lo señalado en el artículo 43.2.1. de la Ley Orgánica 715 de 2001, la cual en forma expresa la señala a las entidades territoriales en materia de prestación de servicios de salud, gestionar la prestación de los servicios de salud de manera continua, oportuna, suficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que reside en su jurisdicción mediante instituciones prestadoras de salud públicas o privadas”.

Por otra parte, en lo concerniente a la expresión “ exclusiva”, de los literales b) y c) del artículo 34 de la Ley 1122 de 2007, al igual que la facultad para evaluar los factores de riesgo y la expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos, en los términos del literal a) del mismo artículo, sostiene el ciudadano que vulneran los artículos 2, 151, 209 y 287 Superiores, por las siguientes razones.

En relación con el artículo 2º constitucional, asegura que los segmentos normativos acusados no se ajustan a un Estado Social de Derecho, por cuanto mediante una ley ordinaria “se pretende arrasar con las competencias que gozan las entidades territoriales otorgadas a través de la ley orgánica 715 artículos 43 y siguientes, desvirtuando en su esencia el propósito de garantizar un orden justo y el de proteger la vida desconociendo el cumplimiento deberes sociales del estado a través de sus entidades territoriales, a establecer una autorización previa a las entidades territoriales para la contratación de servicios de salud con su red no adscrita, cuando la oferta de servicios de salud no exista o sea insuficiente, lo cual viola directamente no solo la autonomía de las entidades territoriales, sino que se constituye en un atentado sobre el derecho a la salud de la población pobre y enferma que no se encuentra cubierta”.

De igual manera, sostiene el demandante que se coloca en riesgo la salud de la población en general desconociendo que las autoridades están instituidas para proteger en su vida a todas las personas residentes en Colombia, al dejar en cabeza del INVIMA de manera exclusiva la actividad de inspección, vigilancia y control en materia de alimentos, así como la evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos, “despojando de este instrumento jurídico inmediato de protección de policía administrativa que ostenta la autoridad sanitaria de las entidades territoriales, conforme al artículo 43 de la ley orgánica 715 de 2001 de cumplir y hacer cumplir la ley 09 de 1979, entre ellas, adoptar las medidas sanitarias de seguridad

cuyo ejercicio previo y concomitante con la medida sanitaria implica la evaluación de los factores de riesgo de orden epidemiológico y sanitario para la adopción o expedición de la medida sanitaria, al privar de esta facultad a las entidades territoriales pone en riesgo la calidad e inocuidad de las condiciones sanitarias de los productos alimenticios que penetran a través de los aeropuertos, puertos y puestos fronterizos, donde la medida sanitaria de seguridad se distingue por ser de carácter inmediato, con el agravante de que el INVIMA es un establecimiento público centralizado...que no tiene delegadas, ni personal suficiente para ejercer dentro de los términos del artículo 209 de la Carta Política esta actividad de control”.

En lo que atañe al artículo 151 constitucional, estima el ciudadano que los segmentos acusados lo vulneran por cuanto “son producto de una ley ordinaria contraria a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley Orgánica 715 de 2001”, como quiera que le arrebatara la competencia en materia de vigilancia y control a las entidades territoriales al fijar una competencia exclusiva en cabeza del INVIMA de la inspección, vigilancia y control en la inocuidad en la importación y exportación de alimentos y materias primas para la producción de los mismos, en los puertos, aeropuertos y pasos fronterizos, así como de la producción y procesamiento de alimentos, de las plantas de beneficio de animales, de los centros de acopio de la leche y de las plantas procesadoras de la misma, así como el transporte asociados a estas actividades.

Respecto la violación al artículo 158 Superior, alega el demandante que las expresiones acusadas modifican una disposición de una ley orgánica de competencias y recursos contenidos en la ley 715, artículos 43 a 45, no guardando unidad de materia la modificación, “la cual sólo podía haberse realizado a través de una ley de igual naturaleza, es decir, orgánica”.

Finalmente, en relación con los artículos 209 y 287 Superiores, considera el demandante que la totalidad de las expresiones acusadas los vulneran por cuanto se pone en riesgo la prestación del servicio público al impedir el deber de las entidades territoriales de garantizar la salubridad pública, sino porque atenta contra el principio de descentralización administrativa que la Constitución les otorga a las entidades territoriales, al establecer una condición previa de carácter administrativo para la contratación de servicios de salud para la población pobre vinculada. Agrega que “Es tal el contrasentido de esta norma que tiende a desconocer por sus efectos el Estado Social de Derecho, impidiendo el acceso a los servicios de salud con esta tara administrativa y por otro poniendo en serios riesgos la salud de la población”.

Más adelante señala que se despoja a las entidades territoriales que tienen competencias en alimentos al dejar de manera exclusiva la actividad de inspección, vigilancia y control, a una entidad del sector central, así como la evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos, los cuales se introducen a través de los aeropuertos, puertos y puestos fronterizos, donde la medida sanitaria de seguridad se distingue por ser de carácter inmediato.

IV. INTERVENCIONES.

1. Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Oscar José Dueñas Ruiz, actuando en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas.

En cuanto a la supuesta violación del principio de autonomía de las entidades territoriales, señala que de la lectura de las normas constitucionales se deduce que aquélla se dirige a la gestión de “sus intereses”, respetando los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. En tal sentido, la exigencia de la autorización previa del Ministerio de la Protección Social, no afecta los intereses de los municipios ni los mencionados principios constitucionales.

Agrega que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, estableció que cuando en un municipio la oferta de una ESE no existe o es insuficiente, entonces se puede contratar con otras instituciones, debidamente habilitadas, pero previa autorización del Ministerio de Protección Social, “este prudente condicionamiento, que es el acusado, tiene su base en la coordinación señalada en el artículo 288 de la C.P.”.

En relación con el principio de subsidiariedad, indica que una cosa es atribuir competencia y otra ejercerla. En tal sentido, si la acción consistente en proteger la salud no puede ser alcanzada de manera suficiente por el Estado, entonces la ley puede trasladar esa competencia a las entidades territoriales, pudiendo actuar éstas respetando el principio de subsidiariedad, en los términos del artículo 288 constitucional.

Asegura que la exigencia de la autorización previa es razonable, por cuanto el legislador consideró que la prestación de servicios de salud a la población pobre, en lo no cubierto por subsidios en la demanda, corresponde a las entidades territoriales. Para ello, tales entidades contratarán con empresas sociales del Estado ESE, debidamente habilitadas. En la hipótesis de que la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio, la entidad territorial podrá contratar con otras instituciones prestadoras de servicios de salud debidamente habilitadas, pero previa autorización del Ministerio de la Protección Social, “es decir, que la subsidiariedad está condicionada y debe respetarse”.

En cuanto a la vulneración de la Ley 715 de 2001, ésta no se presentaría por cuanto “en nuestro parecer, el bloque de constitucionalidad no incluye, en Colombia, a las leyes orgánicas”.

Indica el interviniente que el demandante da a entender que la exigencia de la autorización previa del Ministerio de la Protección Social pone en riesgo la salud de la población más pobre, afirmación que considera incorrecta por cuanto aquélla es para suscribir contratos, no para prestar el servicio, y en casos urgentes se aplica lo dispuesto en el inciso final del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007.

Por último, sostiene que si el Estado considera que su lugar puede ser ocupado por una entidad territorial y que ésta puede contratar con una ESE la prestación del servicio de salud, y que sólo excepcionalmente lo podrá hacer con una institución que no sea una ESE, “entonces el mismo Estado debe poner los condicionamientos, en bien del servicio público y por respeto de las características de la parafiscalidad”.

Por otra parte, en lo que concierne a las facultades exclusivas que las normas acusadas le acuerdan al INVIMA, afirma que encuentran fundamento en los artículos 48 y 49 constitucionales, cuyos desarrollos se encuentran en la Ley 100 de 1993, y por ende, “la relación de la ley 1122 es con la ley 100. No puede afirmarse, bajo ningún aspecto, que la ley 1122 de 2007 es un corolario de la ley 715 de 2001. Además, no se aprecia ninguna contradicción entre las dos leyes citadas”.

2. Universidad del Rosario.

Alejandro Vanegas Franco, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, interviene en el proceso de la referencia concluyendo que “el cargo en lo que respecta a los literales b) y c) del artículo 34 de la ley 1122 de 2007 es imposible, dada la inconstitucionalidad de la norma. En cuanto al literal a) debemos concluir que el INVIMA como todo aquel que cumpla función administrativa debe adecuar su actuación a lo normado en el artículo 209 de la Constitución”.

En relación con el aparte demandado del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 sostiene que el demandante plantea dos interrogantes:

1. ¿Constituye el tema de la contratación de instituciones prestadoras de salud por parte de los municipios un aspecto que debe ser regulado por una ley orgánica?

1. ¿Puede una ley ordinaria desarrollar el contenido de una disposición prevista en una ley orgánica?

Aunado a lo anterior, el demandante plantea una violación del principio de autonomía de las entidades territoriales debido a la imposición del requisito de la autorización previa del Ministerio de la Protección Social.

Afirma que no se presenta violación alguna del artículo 43.2.1. de la Ley 715 de 2001, por cuanto “la asignación de competencia que corresponde al espectro de una ley orgánica se refiere con exclusividad a la atribución relativa a la gestión de la prestación de los servicios de salud a la población pobre, en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, luego la forma como debe realizarse la gestión y los sujetos a quien debe contratar la entidad territorial no están dentro del espectro normativo de una ley orgánica”.

Sostiene asimismo el interviniente que la finalidad de la legislación orgánica territorial contiene dos grandes temas: la estructura territorial y la organización de los poderes públicos en función del territorio, por lo cual, en principio, deben formar parte de ella la definición de las condiciones y requisitos de existencia de las entidades territoriales y de ciertas divisiones administrativas del territorio, así como su régimen jurídico básico. Finalmente, corresponde a la legislación orgánica territorial asignar las competencias normativas o no a las entidades territoriales “y establecer la distribución de competencias entre la Nación y estas entidades, lo cual supone el establecimiento de ciertos mecanismos para dirimir los conflictos de competencia que se puedan presentar”. Así pues, los aspectos que no correspondan a la

temática de la ley orgánica, pueden ser regulados mediante una ley ordinaria.

En cuanto a la supuesta violación del principio de autonomía de las entidades territoriales, señala que la autorización previa se encuentra enmarcada en el principio de tutela administrativa característica de la descentralización administrativa, lo cual significa control y coordinación de los entes que corresponden a la organización central del Estado.

En cuanto a la racionalidad del control previo, sostiene el interviniente que la regla general es que en los casos de prestación del servicio de salud a la población pobre, que no se encuentre asegurada o no se cubra por subsidios a la demanda, sea prestado por empresas sociales del Estado debidamente habilitadas. La excepción será la contratación con empresas prestadoras de servicios privadas, cuando no se pueda garantizar el acceso de estas personas a las ESE, por ausencia de éstas en el municipio o cuando la oferta sea insuficiente.

Así las cosas, asegura el interviniente, el legislador no quiere que la excepción se convierta en la regla general, y por ello, previó el control. De tal suerte que el Ministerio de la Protección Social controlará la realidad de la excepción, “no pudiendo imponer a la entidad territorial la empresa prestadora de servicios de salud con la que deba contratar, pues en este caso, se estaría vulnerando el principio de autonomía de los entes territoriales”.

Por otra parte, en lo que concierne a las expresiones contenidas en los literales a), b) y c) del artículo 34 de la Ley 1122 de 2007 estima el interviniente que tampoco están llamados a prosperar los cargos de inconstitucionalidad, por las siguientes razones:

En relación con la competencia relativa a la evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos, no fue objeto de distribución por la ley orgánica, luego es una materia que pertenece a la órbita de competencia del legislador ordinario.

Indica que la situación es diferente en relación con la función de inspección, vigilancia y control de factores de riesgo del ambiente que afectan la salud humana. En tal sentido, en el artículo 43 de la Ley 715 de 2001 se asignó en materia de salud pública a los Departamentos la ejecución de acciones de inspección, vigilancia y control de factores de riesgo ambiental que afectan la salud pública, así como el control de vectores y zoonosis de competencia del sector salud, en coordinación con las autoridades ambientales en los municipios de categorías 4ª , 5ª y 6ª de su jurisdicción.

Luego de examinar el contenido de la Ley 715 de 2001, el interviniente afirma que ésta asignó la competencia a los Departamentos y Municipios de inspeccionar, vigilar y controlar los factores de riesgo ambiental que afectan la salud humana y de control de vectores y zoonosis de competencia del sector salud y dentro del concepto de tales factores se encuentra lo relacionado con la inspección, vigilancia y control de la producción y procesamiento de alimentos, de las plantas de procesamiento de leche, así como el transporte asociado con dichas actividades; la inspección, vigilancia y control de alimentos y materias primas para la producción de los mismos, en puertos, aeropuertos y pasos fronterizos. A renglón seguido, concluye el interviniente afirmando que “no es constitucionalmente posible que la ley 1122 de 2007, que en efecto es una ley ordinaria,

pueda subrogar lo establecido por la ley 715 de 2001, por ser norma de superior jerarquía y porque de acuerdo con el artículo 151 de la Carta a esta norma se sujetará el ejercicio de la actividad legislativa...en tal virtud, se encuentra que los entes territoriales señalados tienen competencia de inspección, vigilancia y control de tales materias en coordinación con las autoridades ambientales, por lo que devienen en inconstitucionales los literales b) y c) del artículo 34 de la ley 1122 de 2007, por ser contrarios al artículo 151 de la Carta”.

Finalmente, respecto a la vulneración del artículo 209 de la Carta, señala el interviniente que si se consideran conformes con la Constitución las normas acusadas, el INVIMA tendría que cumplir la función asignada con sujeción a lo dispuesto por el artículo 209 de la Constitución y “entonces hubiera sido del caso adecuar su estructura a las nuevas funciones atribuidas o delegar la función en los entes territoriales conforme lo prevé el parágrafo del artículo 34 de la ley 1122 de 2007”.

3. Ministerio de la Protección Social.

María Teresa Gil Cortés, actuando en representación del Ministerio de la Protección Social, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas.

Comienza la interviniente por afirmar que con la disposición legal referente al concepto previo del Ministerio de la Protección Social se persiguen dos propósitos: por una parte, el cumplimiento del postulado según el cual la contratación para la prestación de los servicios de salud para la población pobre y vulnerable no asegurada debe realizarse con Empresas Sociales del Estado; por el otro, que a esa población se le garantice una oportuna, eficiente y adecuada prestación de los mismos.

Así pues, resulta contrario al sistema que, no obstante contar con una red pública, los municipios contraten con otros prestadores sin tener en cuenta el recurso humano, la capacidad instalada y la infraestructura existente. De allí que la autorización sea un mecanismo adecuado para la finalidad prevista, por cuanto la entidad territorial conserva la facultad de decidir con quien contrata sobre la base de la aludida garantía. Puntualiza al respecto que “La actuación del Ministerio se restringe a emitir una autorización”.

Agrega que, como lo ha indicado la Corte, la regulación en torno al desarrollo de los servicios a cargo de la Nación corresponde a una ley ordinaria, y así se desprende del artículo 356 constitucional, con la reforma contenida en el Acto Legislativo 01 de 2001. No obstante, en relación con las competencias asignadas al INVIMA “es importante indicar que las mismas fueron adoptadas mediante el trámite que se les brinda a las leyes orgánicas”.

En lo que concierne a la prestación de los servicios a la población pobre no asegurada, sostiene la interviniente que la Ley 100 de 1993 no se limitó a garantizar el acceso a la seguridad social trabajador dependiente, sino que como desarrollo de los principios de solidaridad y universalidad, lo amplió a toda la población. De esta manera, diseñó un esquema a partir del cual se garantizaba dicha prestación en lo que se ha conocido como “pluralismo estructurado”.

Ahora bien, en relación con la prestación de servicios de salud a la población pobre no

asegurada, de acuerdo con la Ley 715 de 2001, es tarea de los departamentos y municipios que a 31 de julio de 2001 hubiesen asumido la prestación de los servicios de salud. Estos rasgos en la operación y prestación de servicios de salud fueron reforzados en la Ley 812 de 2003 (arts. 43 y 44).

Señala que con la expedición de la Ley 1122 de 2007 se tecnificó el proceso decisorio de los aspectos fundamentales del sistema de seguridad social mediante la creación de la Comisión de Regulación en Salud. Otro foco de atención en la reforma fue el relativo al fortalecimiento de la salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control. En cuanto a la prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda se previeron dos aspectos de interés: en principio, las entidades territoriales deberán contratar con Empresas Sociales del Estado; consecuentemente, la prestación de servicios por parte de instituciones públicas debe hacerse por parte de entidades organizadas como Empresas Sociales del Estado. Bajo esta filosofía, la ley establece un monto mínimo de contratación con las Empresas Sociales del Estado.

Así las cosas, a juicio de la interviniente, más que impedir el acceso a la población pobre, lo que se pretende con la norma atacada es permitirlo en condiciones de calidad y oportunidad. Bajo esta perspectiva, el mecanismo de autorización previa es una medida racional y lógica de modulación de servicios y en el que la oferta pública es prioritaria. De tal suerte que “no se trata, por tanto, de un arrebato de una competencia territorial sino una fórmula adecuada que persigue un objetivo legítimo en la prestación de servicios de salud”.

Por otra parte, en relación con las competencias del INVIMA en materia de salud pública, señala que el legislador ha aprovechado la existencia de un ente que desde su creación tiene como labor adelantar la inspección y vigilancia en materia de medicamentos y alimentos. En este contexto, sostiene la interviniente que la tendencia a sectorizar la salud pública ha sido lamentable, exponiendo a la población a epidemias, tales como los brotes de fiebre amarilla ocurrido en el país en 2003.

Agrega que en el CONPES de 2005 relacionado con la política sanitaria y de inocuidad para las cadenas de la carne bovina y la leche, se planteó que la falta de una verdadera integración y la duplicidad y vacíos en la asignación de competencias, ha conducido a un sistema con autoridades nacionales y territoriales débiles y un cierto grado de dispersión en el desarrollo y gestión de los estándares sanitarios, los cuales requieren de la presencia de autoridades sanitarias del orden nacional capaces de garantizar un solo estatus nacional y de interactuar en el contexto internacional con autoridades sanitarias de otros países y con los organismos técnicos de referencia internacional.

Aclara que el artículo 34 de la Ley 1122 de 2007 no despojó a las entidades territoriales de sus competencias en materia de inspección, vigilancia y control, por cuanto en ningún momento se les priva de sus competencias para imponer medidas sanitarias de seguridad. Lo que sucedió, según la interviniente, fue una redistribución de competencias, con el propósito de establecer un nuevo modelo de inspección, vigilancia y control sanitarios en materia de alimentos. Así, mientras que al INVIMA le corresponde ejercer ciertas competencias en materia de controles sanitarios de manera exclusiva, los departamentos, distritos y municipios de categorías 1, 2, 3 y especial, les corresponde la vigilancia y control sanitario de

la distribución y comercialización de los alimentos y de los establecimientos gastronómicos, así como el transporte asociado a estas actividades.

Así las cosas, explica la interviniente que “no se le está eliminando a los entes territoriales su competencia de inspección, vigilancia y control en materia de alimentos, sino que se les está asignando parte de la gran cadena de abastecimiento como lo es la distribución y comercialización de los alimentos y del transporte asociado a esas actividades y al INVIMA se le asigna otra parte de dicha cadena como lo es la inspección, vigilancia y control en la producción y procesamiento de los alimentos y del transporte asociado a esas actividades”.

Asegura que el demandante malinterpreta el literal a) del artículo 34 de la ley 1122 de 2007, al afirmar que las entidades territoriales no pueden imponer medidas sanitarias de seguridad. En efecto, la mencionada disposición precisa que le corresponde al INVIMA evaluar los factores de riesgo para poder expedir los reglamentos técnicos en materia de alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos, actividad que antes estaba solamente en cabeza del Ministerio de la Protección Social. Lo anterior no significa que los entes territoriales no puedan imponer medidas sanitarias de seguridad, reguladas en los artículos 83 a 91 del decreto 3075 de 1997, ya que como autoridades públicas podrán ejercer la inspección, vigilancia y control en los procesos de distribución y comercialización de alimentos.

En este orden de ideas, en opinión de la interviniente, el demandante confunde el concepto de “medidas sanitarias”, reguladas en el literal a) del artículo 34 de la Ley 1122 de 2007, con aquel de “medidas sanitarias de seguridad”, que señalan la Ley 9 de 1979 y el decreto 3075 de 1997, las cuales sí son de carácter inmediato, constituyen actos de naturaleza preventiva, transitoria y de inmediata ejecución, radicadas en cabeza de los funcionarios de la autoridad sanitaria respectiva al momento de efectuar una visita de inspección, vigilancia y control.

Por otra parte, asegura la interviniente que tampoco es cierto que el INVIMA no posea la capacidad en recursos, personal e infraestructura para poder asumir las competencias otorgadas por el artículo 34 de la Ley 1122 de 2007. Prueba de ello es que el Gobierno Nacional expidió los decretos 4662 y 4663 del 27 de diciembre de 2006, mediante los cuales se modificó la estructura del INVIMA. Así pues, “se crearon 286 cargos temporales en la planta de personal de la entidad, entre profesionales universitarios, especializados, técnicos, administrativos y secretarías”.

En lo que concierne a la autonomía de las entidades territoriales, argumenta la interviniente que las funciones normativas de las entidades territoriales están limitadas a lo que disponga el legislador. Así “el fuero que les corresponde es la prestación del servicio de salud pero también en los términos en que éste les señale pues este es otro de los escenarios en los que se enfatiza en lo unitario. De esta manera, las condiciones mismas de la contratación constituyen un tema en donde ese factor prima y hace ceder la regulación local. Por oposición, y relevando la importancia de este criterio, la dispersión normativa conduce a figuras atípicas que distraen los recursos con destino a ese servicio público, afectan la transparencia en el manejo de los mismos y ponen en riesgo su prestación”.

Cita a continuación la sentencia C- 478 de 1992, según la cual la facultad de intervención en

un servicio público constituye uno de los aspectos en donde se fortalece lo unitario. Dicha intervención se extiende a todas y cada una de las fases de la administración de recursos y hacia todas y cada una de las responsabilidades que se tienen en cada uno de los niveles. Así lo corrobora la cláusula general de intervención en el servicio público de salud, consagrada en el artículo 154 de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, en lo que concierne a la acusación según la cual las normas cuestionadas forman parte de una ley orgánica, y en consecuencia, su modificación no podía haberse realizado mediante una ley ordinaria, estima la interviniente que tampoco está llamada a prosperar.

4. Superintendencia Nacional de Salud.

Nancy Rocío Valenzuela, actuando en representación de la Superintendencia Nacional de Salud, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declararse inhibida y proferir un fallo inhibitorio o la exequibilidad de las expresiones acusadas.

Antes de entrar a pronunciarse sobre los cargos de inconstitucionalidad formulados, la interviniente estima conveniente hacer algunas referencias al SGSSS.

Sostiene que la Carta de 1991 acoge un concepto amplio de seguridad social, el cual define como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control estatales, con sujeción a los principios de universalidad y solidaridad. Sin perjuicio de que la tarea superior en la dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia, corresponde al Estado, los particulares tienen el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias.

Señala que el servicio público de salud que presta el Estado no necesariamente lo hace directamente sino que, por delegación, acude a las empresas promotoras de salud y éstas a las instituciones prestadoras de servicios de salud, es allí cuando entra a participar el sector privado, esto es, con un traslado de facultades, quienes al tenor de lo consagrado en la Ley 100 de 1993 tienen unos derechos pero también unos deberes y obligaciones, dentro de las cuales se destacan la prestación del servicio de salud en las condiciones señaladas en el numeral 9 del artículo 153.

Indica que para la población vinculada o no afiliada al SGSSS, las entidades territoriales deberán garantizarles los servicios de salud a través de las instituciones hospitalarias públicas o privadas en todos los niveles de atención que tengan contrato de prestación de servicios con el Estado para este efecto, hasta cuando el sistema logre la cobertura universal, tal y como lo establece el inciso 7º del artículo 70 de la Ley 715 de 2001, como se dijo con los recursos de la oferta, pretendiendo con ese cubrimiento que toda la población esté afiliada a una entidad promotora de salud del régimen subsidiado que deberá cubrir las actividades, intervenciones y procedimientos de salud.

Explica que los servicios de salud a la población pobre, en lo no cubierto con subsidios a la demanda, deben ser suministrados por el ente territorial competente, a través de la red pública o privada que contrate para el efecto, servicios y atención que, como se observa no

se encuentran limitados por conceptos de servicios, poblaciones especiales, edades o presupuesto alguno. Los recursos para tal efecto serán cubiertos con los recursos del subsidio a la oferta de los departamentos, municipios o distritos según sea el caso, esto es, con cargo a los recursos de la cuenta o subcuenta del subsidio a la oferta del respectivo fondo de salud, destinados para la prestación del servicio de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios.

Luego de examinar las normas referentes a la financiación del SGSSS concluye que los recursos obtenidos para la prestación de los servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios a la demanda tienen una destinación específica, razón por la cual no pueden ser utilizados sino para lo cual han sido creados. Sobre las características de los recursos de la salud lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social, recursos que son parafiscales. En consecuencia, las entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de estos recursos no pueden confundirlos con los propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios.

Así, de conformidad con las disposiciones vigentes y en especial la ley 10 de 1990 y la ley 715 de 2001, corresponde a los departamentos, distritos y municipios funciones de dirección y organización de los servicios de salud para garantizar la salud pública y la oferta de servicios de salud por instituciones públicas por contratación de servicios. Igualmente, corresponde a los departamentos, distritos y municipios concurrir a la financiación de las inversiones necesarias para la organización, funcional y administrativa de la red de instituciones prestadoras de servicios de salud a su cargo en cumplimiento de lo descrito en el numeral 2.5 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001 y el párrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001.

Luego de transcribir el artículo 287 constitucional señala “La misma norma al establecer la autonomía, también dispuso unos límites, que precisamente tienen que ver con la previa autorización del Ministerio de Protección Social, cuando la oferta de servicios sea insuficiente o no exista, toda vez que se hace necesario velar y garantizar la prestación de los servicios de salud a una población que es vulnerable, dadas sus condiciones de necesidades básicas insatisfechas”.

Por último, señala que los argumentos planteados por el demandante no son claros y específicos, toda vez que se limita a señalar la autonomía con que cuentan las entidades territoriales pero de manera alguna precisa el concepto de inconstitucionalidad de las normas demandadas.

5. Nelson Enríque Daza Ladino.

El ciudadano Nelson Enríque Daza Ladino interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar inexecutable las expresiones “previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue” del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, por violación de los artículos 49 y 287 Superiores.

Asegura que la autorización por parte del Ministerio de la Protección Social para la contratación de la red privada es un requisito desproporcionado en tanto afecta el acceso a

los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud en lo no cubierto por el subsidio a la demanda, puesto que a pesar de la existencia de necesidades en salud en los casos de insuficiencia de oferta de red pública para la prestación de los servicios, la posibilidad de contratar red privada se condiciona a requisitos que dificultan el acceso a los servicios.

Explica que al someter la contratación con red privada a una autorización del Ministerio de la Protección Social en los casos de insuficiencia de red pública se establece un condicionamiento de la obligación estatal de brindar los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud en los aspectos no cubiertos por el subsidio a la demanda.

Argumenta que la norma acusada afecta el principio de eficiencia en la prestación del servicio, toda vez que la exigencia de la autorización para contratar con la red privada en los casos de insuficiencia de red pública, impide a la entidad territorial prestar el servicio de manera adecuada y oportuna, pues se requiere que además de la insuficiencia de red pública, se de el cumplimiento de requisitos formales que retardan el acceso de los usuarios al servicio, convirtiéndose en verdaderas barreras de acceso.

Lo anterior no significa, explica, que a las autoridades de dirección y supervisión no les corresponda constatar que sí se configura la ausencia de oferta que permite contratar con la red privada, sino que dicha constatación no puede convertirse en un requisito para que el Estado a través de las entidades territoriales cumpla con la obligación constitucional de brindar los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud en lo no cubierto por el subsidio a la demanda.

6. Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA.

Perla Inés Llinás Álvarez, actuando en representación del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles los literales a), b) y c) del artículo 34 de la Ley 1122 de 2007.

Asegura que la Ley 715 de 2001 no es del todo orgánica, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, ya que su clasificación no depende del título que se consigne al inicio del texto sino de cada una de las disposiciones que la compone. De igual manera, la Ley 1122 de 2007 presenta una naturaleza mixta, pues en su cuerpo normativo trata temas a ser regulados por leyes orgánicas y otras disposiciones de carácter ordinario.

Asegura que el tema central de que trata la Ley 1122 de 2007 es un asunto que debe ser regulado por disposiciones ordinarias, al no estar estipulado en la Constitución para ser desarrollado a través de disposiciones ordinarias, pero a su vez, contiene disposiciones como el artículo 34 de naturaleza orgánica pues asigna de manera exclusiva al INVIMA la inspección, vigilancia y control sobre la producción y procesamiento de los alimentos y sus materias primas y del transporte asociado a estas actividades, así como la inspección, vigilancia y control en puertos, aeropuertos y pasos fronterizos. Agrega que el mencionado artículo siguió el trámite establecido en la Carta Política para este tipo de leyes.

En lo que concierne a la supuesta violación del artículo 151 Superior asegura que el Gobierno Nacional, con base en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, expidió varios decretos que

regulan en la actualidad los medicamentos, alimentos e insumos para la salud, entre otros, concediendo al INVIMA competencia en todo el territorio nacional para ejercer acciones de vigilancia y control sobre los productos relacionados en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, entre los cuales se encuentran los alimentos.

Posteriormente, la Ley 715 de 2001 le asignó funciones de vigilancia y control a los municipios dentro del ámbito de sus competencias, en materia de alimentos. En algunos casos, los departamentos asumirían las competencias de algunos municipios, según la categoría, en especial cuando éstos no fueran capaces de ejercerlas.

En la actualidad, en virtud de la Ley 1122 de 2007 las anteriores competencias son ejercidas de manera exclusiva por el INVIMA.

Agrega que el actor se equivoca cuando cita el artículo 43 de la Ley 715 de 2001 como la norma modificada por el artículo 34 de la Ley 1122 de 2007, ya que dicha norma hace relación en parte a competencias en materia de medicamentos por parte de los departamentos, aspecto ajeno a la regulación del artículo 34 de la ley 1122 de 2007.

Asegura que, tal y como consta en las actas de las sesiones plenarias, la aprobación del actual artículo 34 de la Ley 1122 de 2007 cumplió con lo establecido en el artículo 151 Superior, al haber sido aprobado por la mayoría absoluta de una y otra Cámara del Congreso.

En relación con la supuesta violación del artículo 158 Superior estima que el actor concibe de manera errónea el significado de la unidad de materia, y en consecuencia, no es coherente afirmar que la Ley 1122 de 2007 lo vulneró por cuanto dicha norma modificó una ley orgánica siendo una ley ordinaria. Lo que en realidad pretende el actor en este punto es insistir en la inconstitucionalidad de la norma demandada bajo el mismo argumento de la contradicción de dicha norma con el artículo 151 Superior.

Insiste igualmente en la ausencia de violación del artículo 209 constitucional por cuanto el artículo 34 de la Ley 1122 de 2007 no pone en riesgo la salud colectiva. Por el contrario, establece un modelo de inspección y vigilancia sanitarios en materia de alimentos dinámico y moderno.

Sostiene que el legislador no operó un “despojo de competencias” en detrimento de las entidades territoriales, sino que las distribuyó en aras a establecer un nuevo modelo de inspección, vigilancia y control sanitarios en materia de alimentos que responda a las necesidades del país. En efecto, mientras que el INVIMA se encarga de vigilar lo referente a las fases de producción, procesamiento y transporte de alimentos, las entidades territoriales son competentes en lo atinente a la distribución, comercialización y transporte relacionado con las dos anteriores.

Indica que las condiciones de sanidad e inocuidad de la leche, la carne y sus derivados constituyen un requisito indispensable para obtener un acceso real a los mercados internacionales.

Por último, sostiene que no es cierto el argumento según el cual el INVIMA carezca de los

recursos, personal e infraestructura necesaria para ejercer las nuevas competencias legales. Para tales fines, el Gobierno expidió los decretos 4662 y 4663 de 2006 mediante los cuales se hicieron modificaciones a la estructura del INVIMA, normativas que sirvieron de fundamento para expedición de unas resoluciones del Director del INVIMA mediante las cuales se crearon unos grupos de trabajo territoriales de la subdirección de alimentos y bebidas alcohólicas para tales efectos.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación, mediante concepto radicado el 13 de Agosto de 2007, solicita a la Corte pronunciarse de la siguiente manera:

“Declarar EXEQUIBLE la expresión “la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas”, contenida en el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, únicamente por el cargo formulado y bajo el entendido que el trámite de autorización previa por parte del Ministerio de Protección Social, o por quien delegue, para que las entidades territoriales puedan contratar con Instituciones Prestadoras la prestación de servicios de salud para la población pobre no asegurada y en lo no cubierto por subsidios a la demanda, se debe someter al proceso establecido en el Código Contencioso Administrativo y su no respuesta a la entidad territorial solicitante dentro del término contemplado en dicho código para configurarse decisión negativa hará que opere el silencio administrativo positivo, con lo cual se entiende que la autorización solicitada ha sido concedida.

Declarar EXEQUIBLES las expresiones “La evaluación de factores de riesgo y la expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos” y “exclusiva”, contenidas en los numerales a), b) y c) del artículo 34 de la Ley 1122 de 2003, únicamente por el cargo de vulneración de la autonomía territorial; y declararse INHIBIDA para conocer de fondo acerca de las mismas expresiones en relación con el cargo de violación del trámite legal orgánico en la aprobación de las mismas”.

La Vista Fiscal asegura que la garantía estatal de la salud implica su control, lo que permite para el caso de la contratación territorial de su prestación, el requerimiento de autorizaciones previas nacionales por tratarse de una verificación encaminada a preservar la eficiencia en la ejecución de los recursos destinados para tal fin, lo cual es un asunto de economía pública financiera que admite la intervención legal en el contexto de la autonomía territorial.

Al respecto explica que, en cuanto a la financiación, la fuente más importante para la prestación de la salud en el ámbito regional, sobre todo para la población de menores recursos económicos que no están protegidas por el régimen contributivo ni por el régimen subsidiado, proviene del Sistema General de Participaciones. También los recursos propios de los entes territoriales que se invierten en salud.

Asegura que la intervención del legislador en materia de salud se ve acentuada por tratarse de una actividad financiada con recursos públicos para cumplir fines sociales fundamentales. Aunado a lo anterior, es preciso tomar en cuenta que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y vigilar la prestación del servicio público.

Sostiene que el hecho de que las entidades territoriales tengan que contratar los servicios de salud con las ESEs obedece a la finalidad de garantizar la eficiencia en su prestación, en cuanto que la relación contractual se da entre entidades públicas “lo que disminuye el riesgo de que los recursos destinados a la salud sean objeto de desviación hacia patrimonios particulares a través de prácticas corruptas”. Así, la excepción para contratar con IPSs se establece para garantizar la prestación del servicio de salud, en los eventos en que las ESEs no lo puedan prestar.

Así las cosas, según el Ministerio Público, la autorización previa ministerial es una medida de intervención económica pública que busca verificar que efectivamente la oferta de servicios para la atención de la población más pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda no existe o es insuficiente en el municipio o área de influencia, con el fin de evitar que se contrate con instituciones prestadoras de salud por motivos de desviación de poder: favoritismos contractuales, corrupción, etc.

A su vez, esa autorización previa del orden nacional no compromete la autonomía territorial para contratar los servicios de salud indicados, en cuanto que, en todo tiempo, la entidad territorial en concreto mantiene su competencia para contratar tales servicios.

No obstante lo anterior, advierte la Vista Fiscal que la ley no regula el trámite de autorización previa a fin de garantizar el debido proceso, especialmente en lo concerniente a los términos de respuesta a la solicitud de autorización, las consecuencias jurídicas de su no respuesta en un tiempo prudencial, y a los recursos ante la negativa para el ejercicio del derecho de defensa de los intereses regionales.

Los anteriores vacíos legales, según el Ministerio Público, comprometen la autonomía de las entidades territoriales para ejercer sus competencias y administrar sus recursos, y por ende, el acceso a los servicios de salud. Tal situación se puede solventar de llegar a aplicar el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 referente al silencio administrativo positivo, pasados tres meses desde la presentación de una solicitud.

Al respecto aclara la Procuraduría que el silencio administrativo que se llegare a configurar no exime de eventuales responsabilidades penales, disciplinarias y fiscales al funcionario que participó en el trámite de comprobación de oferta inexistente o insuficiente de las ESEs.

Argumenta que la norma acusada no dice nada en relación con los términos en los cuales debe efectuarse la contratación que se autoriza con el fin de preservar el propósito que implica dicha medida de intervención económica, cual es, la eficiencia en la administración de los recursos destinados a la salud.

En cuanto al cargo por violación de la reserva de ley orgánica, atinente al tema de las funciones del INVIMA, la Vista Fiscal solicita a la Corte declararse inhibida para fallar. Lo anterior, por cuanto cuando se demanda una ley orgánica por vicios de trámite debe demostrarse que el procedimiento requerido no se cumplió, especialmente, en la aprobación mediante votación calificada, lo cual no ocurrió en el presente caso ya que el libelista sólo planteó una inquietud sin demostración alguna.

Por otra parte, en cuanto a la reasignación nacional exclusiva de funciones de control

sanitario que se encontraban a cargo de las entidades territoriales por mandato legal, estima el Procurador que no vulnera la autonomía de las entidades territoriales porque no es característica particular de las regiones sino un asunto de eficiencia administrativa para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales referentes al funcionamiento del Estado.

Al respecto, explica que el Congreso de la República puede asignar competencias policivas y de intervención económica para preservar la salubridad pública, de manera exclusiva en organismos nacionales en virtud de la competencia que le asiste para determinar la estructura de la administración pública, sin importar que esas competencias con anterioridad estuviesen en cabeza de las entidades territoriales.

Por último, sostiene que las normas acusadas constituyen medidas de intervención económica y de carácter policivo en materia de salubridad pública mediante las cuales se le asignan unas competencias al INVIMA, encaminadas a lograr un control sanitario más riguroso frente a las necesidades del comercio internacional.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Carta.

2. Problemas jurídicos planteados a la Corte Constitucional.

El ciudadano Alfonso Angarita Ávila demandó la inexecutable de la expresión “previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue”, del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007; al igual que el literal a) del artículo 34 de la misma ley, a cuyo tenor “la evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos”; al igual que la palabra “exclusiva”, de los literales b) y c) del mencionado artículo, por considerar que vulneran los artículos 2, 48, 49, 151, 158, 209 y 287 constitucionales.

Sostiene asimismo que la expresión acusada viola el principio de autonomía de las entidades territoriales “poniendo en grave riesgo el derecho a la salud de la población pobre y enferma que no se encuentra cubierta por el sistema mercantilista de la seguridad social en salud”. Lo anterior por cuanto es deber de aquéllas garantizar la prestación de los servicios de salud a la población pobre y vulnerable que habita en su jurisdicción, lo cual encuentra sustento en la Ley 715 de 2001. Así, en palabras del demandante, la autorización previa emitida por el Ministerio de la Protección Social se convierte en “una barrera de orden administrativo con sentencia de muerte, que desconoce los principios constitucionales que rigen la función administrativa contenidos en el artículo 209 constitucional”, en otras palabras, que el referido trámite atenta contra la debida prestación de los servicios de salud “de manera continua, oportuna, eficiente y con calidad, a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción mediante instituciones prestadoras de salud públicas o privadas”.

Por otra parte, en lo concerniente a la expresión “ exclusiva”, de los literales b) y c) del

artículo 34 de la Ley 1122 de 2007, al igual que la facultad para evaluar los factores de riesgo y la expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos, en los términos del literal a) del mismo artículo, sostiene el ciudadano que vulneran los artículos 2, 151, 209 y 287 Superiores, por las siguientes razones.

En relación con el artículo 2º constitucional, asegura que los segmentos normativos acusados no se ajustan a un Estado Social de Derecho, por cuanto mediante una ley ordinaria “se pretende desconocer las competencias de que gozan las entidades territoriales otorgadas a través de la ley orgánica 715 artículos 43 y siguientes, “desvirtuando en su esencia el propósito de garantizar un orden justo y el de proteger la vida desconociendo el cumplimiento de deberes sociales del estado a través de sus entidades territoriales”.

De igual manera, sostiene el demandante que se coloca en riesgo la salud de la población en general desconociendo que las autoridades están instituidas para proteger en su vida a todas las personas residentes en Colombia, al dejar en cabeza del INVIMA de manera exclusiva la actividad de inspección, vigilancia y control en materia de alimentos, así como la evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos, “despojando de este instrumento jurídico inmediato de protección de policía administrativa que ostenta la autoridad sanitaria de las entidades territoriales, conforme al artículo 43 de la ley orgánica 715 de 2001 de cumplir y hacer cumplir la ley 09 de 1979, entre ellas, adoptar las medidas sanitarias de seguridad cuyo ejercicio previo y concomitante con la medida sanitaria implica la evaluación de los factores de riesgo de orden epidemiológico y sanitario para la adopción o expedición de la medida sanitaria, al privar de esta facultad a las entidades territoriales pone en riesgo la calidad e inocuidad de las condiciones sanitarias de los productos alimenticios que penetran a través de los aeropuertos, puertos y puestos fronterizos, donde la medida sanitaria de seguridad se distingue por ser de carácter inmediato, con el agravante de que el INVIMA es un establecimiento público centralizado...que no tiene delegadas, ni personal suficiente para ejercer dentro de los términos del artículo 209 de la Carta Política esta actividad de control”.

En lo que atañe al artículo 151 constitucional, estima el ciudadano que los segmentos acusados lo vulneran por cuanto “son producto de una ley ordinaria contraria a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley Orgánica 715 de 2001”, como quiera que le arrebató la competencia en materia de vigilancia y control a las entidades territoriales al fijar una competencia exclusiva en cabeza del INVIMA de la inspección, vigilancia y control en la inocuidad en la importación y exportación de alimentos y materias primas para la producción de los mismos, en los puertos, aeropuertos y pasos fronterizos, así como de la producción y procesamiento de alimentos, de las plantas de beneficio de animales, de los centros de acopio de la leche y de las plantas procesadoras de la misma, así como el transporte asociados a estas actividades. Así pues, en sentir del demandante, las normas acusadas debieron haber sido tramitadas como una ley orgánica y no ordinaria. En palabras del demandante “se considera que la norma demandada, de la ley 1122 de 2007 viola el artículo 151 de la Constitución, por la siguiente razón: el mencionado precepto modifica una disposición de la ley orgánica de competencias y recursos, modificación que sólo podía realizarse a través de una ley de igual naturaleza, es decir, orgánica”.

Respecto la violación al artículo 158 Superior, alega el demandante que las expresiones acusadas modifican una disposición de una ley orgánica de competencias y recursos contenidos en la ley 715, artículos 43 a 45, no guardando unidad de materia la modificación, “la cual sólo podía haberse realizado a través de una ley de igual naturaleza, es decir, orgánica”.

Finalmente, en relación con los artículos 209 y 287 Superiores, considera el demandante que la totalidad de las expresiones acusadas los vulneran por cuanto se pone en riesgo la prestación del servicio público al impedir el deber de las entidades territoriales de garantizar la salubridad pública, sino también porque atenta contra el principio de descentralización administrativa que la Constitución les otorga a las entidades territoriales, al establecer una condición previa de carácter administrativo para la contratación de servicios de salud para la población pobre vinculada. Agrega que “Es tal el contrasentido de esta norma que tiende a desconocer por sus efectos el Estado Social de Derecho, impidiendo el acceso a los servicios de salud con esta tara administrativa y por otro poniendo en serios riesgos la salud de la población”.

Más adelante señala que se despoja a las entidades territoriales que tienen competencias en alimentos al dejar de manera exclusiva la actividad de inspección, vigilancia y control, a una entidad del sector central, así como la evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos, los cuales se introducen a través de los aeropuertos, puertos y puestos fronterizos, donde la medida sanitaria de seguridad se distingue por ser de carácter inmediato.

De igual manera, sostiene el demandante que se coloca en riesgo la salud de la población en general desconociendo que las autoridades están instituidas para proteger en su vida a todas las personas residentes en Colombia, al dejar en cabeza del INVIMA de manera exclusiva la actividad de inspección, vigilancia y control en materia de alimentos, así como la evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos, “despojando de este instrumento jurídico inmediato de protección de policía administrativa que ostenta la autoridad sanitaria de las entidades territoriales, conforme al artículo 43 de la ley orgánica 715 de 2001 de cumplir y hacer cumplir la ley 09 de 1979, entre ellas, adoptar las medidas sanitarias de seguridad cuyo ejercicio previo y concomitante con la medida sanitaria implica la evaluación de los factores de riesgo de orden epidemiológico y sanitario para la adopción o expedición de la medida sanitaria, al privar de esta facultad a las entidades territoriales pone en riesgo la calidad e inocuidad de las condiciones sanitarias de los productos alimenticios que penetran a través de los aeropuertos, puertos y puestos fronterizos, donde la medida sanitaria de seguridad se distingue por ser de carácter inmediato, con el agravante de que el INVIMA es un establecimiento público centralizado...que no tiene delegadas, ni personal suficiente para ejercer dentro de los términos del artículo 209 de la Carta Política esta actividad de control”.

Ahora bien, frente a los argumentos planteados por el ciudadano, la mayoría de intervinientes plantean un fallo inhibitorio, al menos en relación con algunas de las normas acusadas, o la declaratoria de exequibilidad de todas ellas. Aunado a lo anterior, el INVIMA asegura contar con todos los medios logísticos y técnicos necesarios para cumplir con las

nuevas funciones asignadas por el legislador. La Vista Fiscal, por su parte, conceptúa en el sentido de que la Corte debería condicionar la constitucionalidad de la norma atinente a la autorización ministerial previa, dada la indefinición y vacíos que la aquejan, la exequibilidad de la disposición concerniente a las nuevas funciones del INVIMA en materia de control sanitario, y la inhibición frente al cargo de supuesta reserva de ley orgánica.

1. Asunto procesal previo. Examen sobre la solicitud de fallo inhibitorio.

La Vista Fiscal solicita a la Corte declararse inhibida de conocer del cargo de inconstitucionalidad planteado en relación con algunas funciones de control sanitario asignadas exclusivamente al INVIMA por violación del trámite legal orgánico al tratarse de funciones previamente otorgadas por la Ley 715 de 2001 a los entes territoriales, “por lo que su reasignación debió hacerse mediante una ley orgánica y no ordinaria”. Afirma que en estos casos el demandante se limitó a plantear su inquietud al respecto, pero sin demostrar que la norma acusada no surtió el trámite propio de las orgánicas.

Al respecto, la Corte estima que no le asiste la razón al Ministerio Público por cuanto si bien el numeral 4° del artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 impone al demandante la carga de señalar de manera concreta cuál es el procedimiento constitucional o reglamentario que ha sido transgredido y en qué consistió la trasgresión, también lo es que no sólo se trata de un acción pública, y por ende, desprovista de formalidades, cuya tramitación se rige por el principio pro actione, sino que además no se le puede exigir a un ciudadano que cuando alega una violación a la reserva de ley orgánica, en el sentido de que la materia no podía ser regulada por ley ordinaria, tenga que demostrar el trámite que surtió la disposición demandada en el Congreso de la República. Así lo ha entendido igualmente la jurisprudencia constitucional.

Así, en sentencia C- 600 de 1995, la Corte examinó el caso de una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra ciertas expresiones de la Ley 60 de 1993. Los actores consideraban, al igual que sucede en el presente asunto, que ciertas disposiciones violaban los “artículos 151 y 288 de la Constitución Política ya que se trata de una temática propia de una ley orgánica”, es decir, según su criterio, el capítulo 1º de la Ley 60 de 1993 regulaba una distribución de competencias entre las entidades territoriales, “regulación que según el artículo 151 de la Constitución, sólo se podría realizar por medio de una ley orgánica o por una ley ordinaria con base en una ley orgánica”. Señalaban asimismo los demandantes, que la ley objeto de la demanda no había cumplido con los requisitos establecidos para el trámite y aprobación de leyes orgánicas preceptuado en la Constitución.

En aquella ocasión, la Corte no le exigió a los ciudadanos demostrar el trámite que habían surtido las normas acusadas en el Congreso de la República, lo cual no fue óbice para que el juez constitucional, de oficio, decretase las pruebas pertinentes y concluyese que la mencionada ley había surtido el trámite propio de las leyes orgánicas.

De igual manera, en sentencia C- 579 de 2001 la Corte examinó el caso de una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra unas disposiciones Ley 617 de 2000, por violación igualmente de la reserva de ley orgánica. En dicha oportunidad tampoco se le exigió a las

demandantes señalar con precisión el trámite legislativo surtido por las normas acusadas, ni aportar tampoco las pruebas pertinentes. Otro tanto sucedió en sentencia C- 1175 de 2001 cuanto esta Corporación examinó la constitucionalidad de determinados apartes de la Ley 488 de 1998. En dicha ocasión el demandante alegó que aquéllos habían vulnerado la Ley Orgánica de Áreas Metropolitanas que establece que la sobretasa a la gasolina, cuando se cobre dentro de la jurisdicción de cada área metropolitana, hace parte del patrimonio y de las rentas de la respectiva área y que dichas rentas son de la propiedad exclusiva de las áreas metropolitanas. De igual manera, en sentencia C- 460 de 2004, referente a una demanda de inconstitucionalidad presentada contra unos artículos de la Ley 819 de 2003, la Corte tampoco le exigió al ciudadano que alegaba una supuesta violación a la reserva de ley orgánica aportar las pruebas sobre el trámite que surtió la norma acusadas en el Congreso de la República.

En este orden de ideas, la Corte estima que cuando un ciudadano alega vulneración de la reserva de ley orgánica no requiere demostrar el trámite que surtió la norma acusada en el Congreso de la República, y por ende, no procede declaración de inhibición en estos casos.

1. Presentación de los cargos de inconstitucionalidad planteados por el demandante en relación con (i) el establecimiento de una autorización ministerial previa en materia de contratación por las entidades territoriales en materia de régimen subsidiado (art. 20 de la Ley 1122 de 2007); y (ii) nuevas funciones en materia de control sanitario acordadas por el legislador al INVIMA (art. 34 de la Ley 1122 de 2007).

Para una mayor claridad expositiva, la Corte (i) presentará los cargos de inconstitucionalidad que el demandante elevó contra la expresión “previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue”, del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007; para luego (ii) analizar los cargos que el mismo planteó contra el literal a) del artículo 34 de la misma ley, al igual que la expresión “exclusiva”, de los literales b) y c) del mencionado artículo, por considerar que vulneran los artículos 2, 48, 49, 151, 209 y 287 constitucionales.

4.1. Los cargos de inconstitucionalidad contra la autorización previa del Ministerio de la Protección Social (art. 20 de la Ley 1122 de 2007).

El ciudadano Alfonso Angarita Ávila demandó la inexecutable de la expresión “previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue”, del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, por considerar que vulnera los artículos 2, 48, 49, 151, 158, 209 y 287 constitucionales. No obstante lo anterior, lo cierto es que el demandante sólo presentó un conjunto de argumentos encaminados a estructurar cargos de inconstitucionalidad en relación con presuntas violaciones a los artículos 151, 209 y 287 Superiores.

En este orden de ideas, el ciudadano plantea los siguientes cargos de inconstitucionalidad contra la expresión “previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue”, del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007:

a. El legislador ordinario habría vulnerado el artículo 151 Superior (reserva de ley orgánica en materia de asignación de competencias normativas a las entidades territoriales), por cuanto determinó que el Ministerio de la Protección Social debe expedir una autorización previa para efectos de que una entidad territorial pueda contratar con instituciones prestadoras de servicios de salud debidamente habilitadas, en los casos en que no exista una oferta de servicios o ésta sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia.

a. De igual manera, la mencionada autorización constituye una violación al principio de autonomía (artículo 287 constitucional) de las entidades territoriales por cuanto limita enormemente la facultad de que éstas disponen para contratar los servicios de salud para atender la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda.

a. Así mismo, la autorización previa del Ministerio de la Protección Social desconocería los mandatos del artículo 209 superior, en la medida en que entraba la prestación adecuada y eficiente del servicio de salud en las entidades territoriales.

Así las cosas, en relación con la mencionada autorización previa para contratar en cabeza del Ministerio de la Protección Social, la Corte (i) analizará la conveniencia de titular adecuadamente las leyes especiales en Colombia; (ii) examinará las reglas y criterios estructurantes del concepto de ley orgánica en Colombia; (iii) analizará el concepto de ley orgánica en el sistema de fuentes colombiano; (iv) determinará si efectivamente la disposición acusada debía ser tramitada como ley orgánica en el Congreso de la República; (v) establecerá si la autorización previa del Ministerio de la Protección Social vulnera el principio de autonomía de las entidades territoriales; y (vi) examinará si la disposición acusada vulnera los principios consagrados en el artículo 209 Superior.

4.2. Los cargos de inconstitucionalidad que el demandante planteó contra algunas facultades legales del INVIMA (art. 34 de la Ley 1122 de 2007).

El demandante sostiene que las facultades legales de que dispone el INVIMA para (i) la evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos (literal a) del artículo 34 de la Ley 1122 de 2007); (ii) la competencia exclusiva de la inspección, vigilancia y control de la producción y procesamiento de alimentos, de las plantas de beneficio de animales, de los centros de acopio de leche y de las plantas de procesamiento de leche y sus derivados así como del transporte asociado a estas actividades (literal b) del artículo 34 de la Ley 1122 de 2007; y (iii) la competencia exclusiva de la inspección, vigilancia y control en la “inocuidad en la importación y exportación de alimentos y materias primas para la producción de los mismos”, en puertos, aeropuertos y pasos fronterizos, sin perjuicio de las competencias que por ley le corresponden al Instituto Colombiano Agropecuario, ICA (literal c) del artículo 34 de la Ley 1122 de 2007, vulnerarían todas ellas los artículos 2, 48, 49, 151, 158, 209 y 287 constitucionales. Con todo, lo cierto es que el demandante no avanza argumentación alguna encaminada a explicar las razones por las cuales las normas acusadas vulnerarían los artículos 2, 48, 49 Superiores.

De igual manera, el ciudadano no estructuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad en

relación con la supuesta violación al artículo 158 Superior, por cuanto su argumentación no cumple con los necesarios requisitos de claridad y certeza. En efecto, el demandante se limita a afirmar que “Las disposiciones demandadas modifican una disposición de la ley orgánica de competencias y recursos contenidos en la ley 715, artículos 43 y 45 no guardando unidad de materia la modificación, la cual sólo podía haberse realizado a través de una ley de igual naturaleza, es decir, orgánica, por expresa disposición del precepto constitucional citado, máxime si actualmente el legislador modificó a través de acto legislativo el artículo 356 para entrar a estudiar otra reforma a la Ley 715 de 2001”. Nótese que la argumentación del demandante carece de la necesaria claridad y suficiencia, por cuanto no termina de entenderse la alusión que se hace al principio de unidad de materia, ni tampoco las razones por las cuales las funciones legales del INVIMA desconocerían los citados preceptos de la Ley 715 de 2001.

Con base en lo anterior, el demandante planteó los siguientes cargos de inconstitucionalidad, en relación con algunas facultades del INVIMA establecidas en el artículo 34 de la Ley 1122 de 2007:

a. La competencia exclusiva de que dispone el INVIMA para evaluar factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos, así como aquella para inspeccionar, vigilar y controlar la producción y procesamiento de alimentos, de las plantas de beneficio de animales, de los centros de acopio de leche y su procesamiento, al igual que para el caso de la importación y exportación de alimentos y materias primas en puertos, aeropuertos y pasos fronterizos, vulnera el artículo 151 constitucional, en cuanto violó la reserva de ley orgánica.

a. Así mismo, las nuevas competencias del INVIMA, vulnerarían el artículo 287 constitucional, por cuanto lo suprime por completo a las entidades territoriales de sus competencias para evaluar factores de riesgo epidemiológico.

a. De igual manera, las mencionadas competencias del INVIMA vulneraron el artículo 209 Superior, en especial el principio de eficacia administrativa, por cuanto dejan a las entidades territoriales sin un instrumento jurídico inmediato de policía administrativa para combatir riesgos epidemiológicos.

De tal suerte que, en lo que concierne a las nuevas competencias legales acordadas al INVIMA, y dadas las pruebas que este último aportó para los mencionados efectos, la Corte estima que debe, en primer lugar, examinar si realmente la disposición acusada fue tramitada como las mayorías propias de una ley orgánica, con lo cual se estaría simplemente ante posible derogatoria de los artículos pertinentes de la Ley 715 de 2001. De llegar a ser afirmativa la respuesta, la Corte (i) analizará el sentido y alcance de las disposiciones legales acusadas; (ii) determinará si aquéllas desconocen el principio de autonomía de las entidades territoriales; y (iii) examina si las nuevas competencias del INVIMA vulneran el principio de

eficiencia administrativa.

5. Consideraciones previas comunes al examen de constitucionalidad de las disposiciones legales acusadas.

5.1. Conveniencia de titular adecuadamente los diversos tipos de leyes en Colombia.

La Corte considera que existe un deber del Congreso de la República, no sólo jurídico sino de conveniencia fáctica, indicar en el título de la ley el tipo al cual pertenece.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que el artículo 169 Superior dispone que “El título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido”. De igual manera, esta Corporación en sentencia C- 152 de 2003, referente a una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la expresión “Ley María”, contenida en la Ley 755 de 2002, estimó que “el título de una ley, pese a carecer de valor normativo, exhibe valor como criterio de interpretación de las normas contenidas en el cuerpo de la ley. Siendo así, es claro que incluso los criterios de interpretación de la ley que emanan del texto del título o encabezado de la misma son pasibles del control de constitucionalidad, puesto que un título contrario a los preceptos constitucionales, de no ser excluido del ordenamiento jurídico, podría conducir a una interpretación de parte o toda la ley no conforme con el estatuto superior”¹.

Pues bien, así como el título de la ley, desde un punto de vista material, debe ajustarse a los postulados constitucionales, asimismo, desde una perspectiva formal, aquél debe ser indicativo del trámite que surtió el proyecto de ley en el Congreso de la República. En efecto, si bien la materia regulada es indicativa de la naturaleza jurídica de la ley, puede no existir la necesaria certeza al respecto en términos de seguridad jurídica acerca del trámite surtido.

En este orden de ideas, y para efectos de una adecuada técnica legislativa, las distintas clases de leyes de Colombia deben ser tituladas de manera tal que se tenga la suficiente claridad, por parte de los ciudadanos y los diversos operadores jurídicos, acerca del tipo de ley al que corresponden². Se trata, sin lugar a dudas, de la introducción de necesarios elementos racionalizadores en el trámite legislativo, entendido éste como una ordenación preestablecida de una pluralidad de actos sucesivos, concatenados lógicamente, realizados mediante la participación o concurso de diversos órganos estatales (actores políticos), actos que deben ser realizados en una secuencia temporal determinada, con sumisión a determinados principios y reglas procedimentales; proceso que desemboca finalmente en la producción de un acto jurídico decisorio vinculante, sometido al control material y formal del juez constitucional por diversas vías y procedimientos.

En efecto, hoy por hoy, se presenta una grave situación de inseguridad jurídica, por cuanto los diversos operadores jurídicos, y por supuesto los ciudadanos, no cuentan con la claridad necesaria acerca del tipo de ley que los rige. Si se está en presencia, por ejemplo, de una ley ordinaria, orgánica o estatutaria. Lo anterior, debido a que en los títulos de las leyes no se expresa, con la suficiente y requerida precisión, el tipo de ley de que se trata, lo cual dificulta el examen acerca del trámite que aquélla debió surtir en el Congreso de la República. Tal situación conduce, en la práctica, a que en muchos casos se dificulte la resolución de antinomias jurídicas, y en definitiva, a que se presenten oscuridades acerca de la vigencia de una determinada ley en nuestro ordenamiento jurídico. De igual manera, se suelen suscitar

dudas respecto a las relaciones existentes entre las leyes, regulatorias, por ejemplo, de un mismo tema.

5.2. Reglas y criterios estructurales del concepto de ley orgánica en el constitucionalismo occidental y en Colombia.

Un examen acerca de las reglas y criterios estructurales del concepto de ley orgánica en el constitucionalismo occidental y en Colombia pasa por analizar los siguientes cinco aspectos: (i) el carácter instrumental que cumple la ley orgánica en tanto que reguladora de la actividad legislativa del Congreso de la República; (ii) las diversas funciones que está llamada cumplir en el ordenamiento jurídico; (iii) las relaciones existentes entre la ley orgánica y las demás leyes; (iv) el procedimiento legislativo requerido para su aprobación; y (v) la caducidad de la acción pública de inconstitucionalidad.

5.2.1. El carácter instrumental que cumple la ley orgánica en tanto que reguladora de la actividad legislativa del Congreso de la República.

En el sistema de fuentes colombiano, la ley orgánica posee un carácter instrumental, y en tal sentido, está llamada constitucionalmente a regular la actividad legislativa del Congreso de la República. Al respecto, el Reglamento del Congreso dispone la manera como deben tramitarse las diversas clases de leyes que conforman nuestro sistema jurídico: la Ley Orgánica de Presupuesto, señala la forma como debe adoptarse la Ley Anual de Presupuesto. Otro tanto sucede con la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, mediante la cual el Congreso desarrolla, mediante diversas leyes, su actividad legislativa en la materia, o con el Plan Nacional de Desarrollo.

Al respecto, cabe señalar que la Constitución de 1991 establece, a lo largo de su articulado, un conjunto de reglas y criterios estructurales del concepto de ley orgánica en Colombia, entendida ésta como un texto normativo encaminado a regular la actividad legislativa del Congreso de la República sobre determinadas materias o contenidos preestablecidos de manera taxativa por la Carta Política. En tal sentido, mediante aquélla se norma el núcleo esencial de la labor congresional en punto a la iniciativa, intervenciones, trámite, debate, mayorías y aprobación de leyes sobre temas puntuales, tales como: los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras; las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo; y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Se trata, en consecuencia, de leyes especiales, de carácter instrumental, si se quiere, mediante las cuales se reglamenta la adopción de otras leyes que versan sobre temas específicos, pero que no comparten la naturaleza jurídica de aquélla, y por ende, su reforma no está sometida a requisitos constitucionales específicos.

En tal sentido, la especificidad y características esenciales que revisten las leyes orgánicas en Colombia, en tanto que tipo de ley especial, se ponen de presente al examinar sistemáticamente el Texto Fundamental. Así, en su artículo 150, atinente a las competencias del Congreso de la República, en su numeral 10, referente a las facultades extraordinarias concedidas pro tempore al Presidente de la República, se prohíbe el otorgamiento de aquéllas “para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas ni las previstas en el numeral 20”.

Pues bien, de manera complementaria, el constituyente de 1991 quiso avanzar algunas precisiones acerca de los contenidos y alcances que debería contener la futura ley orgánica de ordenamiento territorial, tema inconcluso, inacabado y polémico, que apunta, en definitiva, a la determinación del modelo de Estado que se quiere construir. De allí que el artículo 228 Superior disponga que, mediante ley orgánica se establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. A renglón seguido, enuncia los principios que deben gobernar tal reparto competencial, a realizar por el legislador: (i) coordinación; (ii) concurrencia y (iii) subsidiariedad. Adviértase, desde ya, que la Constitución no enumeró, ni confeccionó un listado de temas específicos o concretos sobre los que versaría tal reparto competencial. Por el contrario, se limitó a indicar que, mediante una ley orgánica, es decir, una ley que sirve de parámetro para adoptar otras futuras leyes, se regularían tales relaciones, sobre temas ya concretos, basándose para ello en unos principios específicos. En otras palabras, mediante la ley orgánica de ordenamiento territorial se regula principalmente la actividad legislativa que debe desplegar el Congreso de la República en punto a la determinación de las relaciones entre la Nación y las entidades territoriales, mas no se regula directamente tema alguno.

De igual manera, y siguiendo la misma lógica anteriormente explicada, el artículo 297 Superior dispone que el Congreso puede decretar la formación de nuevos Departamentos “siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la Ley Orgánica del Ordenamiento Territorial y una vez verificados los procedimientos, estudios y consulta popular dispuestos por esta Constitución.” Nótese que, en este caso, la futura actividad legislativa del Congreso estará sometida a los lineamientos y requisitos previstos en una ley anterior de contenido orgánico. Se advierte asimismo, desde ya, una notoria diferencia con la Constitución de 1886, texto en el cual se establecían directamente los requisitos para la creación de los Departamentos. Modificación que pone de presente, igualmente, la intención del constituyente por “desconstitucionalizar” determinados temas, dejándolos en cabeza del legislador orgánico, lo cual le imprime una mayor flexibilidad a la regulación del ordenamiento territorial colombiano.

Así mismo, según las voces del artículo 307 constitucional “La respectiva ley orgánica, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, establecerá las condiciones para solicitar la conversión de la Región en entidad territorial. La decisión tomada por el Congreso se someterá en cada caso a referendo de los ciudadanos de los departamentos interesados. La misma ley establecerá las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías. Igualmente definirá los principios para la adopción del estatuto especial de cada región”. De igual manera, en lo atinente a las áreas metropolitanas, el artículo 319 Superior dispone que mediante ley orgánica se adoptará para ellas un régimen administrativo y fiscal de carácter especial; garantizará que en sus órganos de administración tengan adecuada participación las respectivas autoridades municipales; y señalará la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios.

Igualmente, según el artículo 329 Superior la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

En este orden de ideas, se advierte con facilidad que en materia de ordenamiento territorial la voluntad del constituyente fue aquella de flexibilizar el tema, dejando simplemente sentadas las bases para avanzar en la construcción de un modelo de Estado, labor inconclusa en la cual las leyes orgánicas están llamadas a cumplir un papel protagónico, en tanto que marcos normativos generales a los cuales debe ajustarse la futura actividad legislativa en la materia, caracterizada, a su vez, por un grado mayor de precisión y concreción. De tal suerte que, en nuestro sistema de fuentes, la ley orgánica está llamada a establecer, de manera general, las pautas para que el legislador ordinario desarrolle, a futuro, determinados temas, con lo cual no puede caracterizarse por entrar en los detalles y precisiones, por cuanto, de esta manera, se estaría petrificando el ejercicio de la actividad legislativa y vaciando de contenido las competencias del legislador ordinario. Se trata, en consecuencia de una ley de trámites “sobre la legislación”.

5.2.2. Diversas funciones que está llamada a cumplir la ley orgánica.

En el constitucionalismo occidental, históricamente la ley orgánica ha cumplido diversas funciones: (i) complemento de determinados contenidos del Texto Fundamental; (ii) criterio para establecer límites a la potestad reglamentaria del Ejecutivo; y (iii) norma instrumental del procedimiento legislativo.

En lo que concierne a la función de complemento de determinados postulados constitucionales, se tiene que las leyes orgánicas han sido entendidas como textos normativos que están llamados a desarrollar la Constitución misma sobre determinados temas, es decir, como un instrumento encaminado a evitar que el texto constitucional sea constantemente reformado; precisamente, en el entendido de que la Carta Política debe limitarse a plasmar unos principios fundamentales, unos acuerdos políticos esenciales con convocación de permanencia, sobre los cuales se estructuran las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, dejando al legislador orgánico la tarea de desarrollarlos, en función de situaciones meramente contingentes³.

Pues bien, en cuanto a la segunda función que está llamada a cumplir la ley orgánica, es decir, como criterio para establecer límites a la potestad reglamentaria del Ejecutivo, se cuenta con el ejemplo francés. Así, en el contexto de la Constitución francesa de la V República, el concepto de ley orgánica se fundamenta en un criterio de contenido material; esto es, determinados temas deben ser regulados por aquélla, quedando excluido el ejercicio de la potestad reglamentaria. Aunado a lo anterior, su trámite se diferencia de aquel de la ley ordinaria en el sentido de que, una vez presentado el proyecto de ley orgánica debe esperar quince días para ser sometido a deliberación y votación, y en caso de no existir acuerdo entre ambas Cámaras, el texto deberá ser aprobado por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional. De igual manera, el proyecto debe ser sometido al control previo del Conseil Constitutionnel. En otras palabras, las leyes orgánicas se diferencian de las ordinarias desde una doble perspectiva: material y formal.⁴

Una última función que ha cumplido la ley orgánica, en el caso colombiano, es aquella, como se ha explicado, de regular la actividad legislativa del Congreso de la República sobre determinados temas especificados en la Carta Política. En tal sentido, la Corte consideró en sentencia C- 337 de 1993 que “la norma constitucional es creadora de situaciones jurídicas,

sin tener carácter aplicativo sin ninguna juridicidad anterior, al paso que la ley orgánica sí aplica una norma superior -la constitucional- y crea, a la vez, condiciones a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa". En igual sentido, en sentencia C-600A de 1995, el juez constitucional se refirió al papel de las mencionadas leyes indicando que "estas leyes tienden a precisar y complementar las disposiciones constitucionales relativas a la organización y funcionamiento del poder público, por lo cual tienen vocación de permanencia."

5.2.3. Relaciones existentes entre la ley orgánica y las demás leyes

Tradicionalmente, el examen acerca de las relaciones existentes entre la ley orgánica y las demás leyes se ha adelantado desde dos perspectivas: la jerárquica y la competencial. No se trata, como pudiera prima facie pensarse, de dos criterios excluyentes o contrarios, sino de dos aproximaciones teóricas que permiten abordar, de manera más completa, un mismo problema. En pocas palabras, la ley orgánica, en tanto que constitucionalmente está llamada a regular la actividad legislativa del Congreso de la República en una determinada materia (competencia) no puede ser derogada por otra posterior que no haya sido, a su vez, adoptada por mayoría absoluta de los miembros de ambas Cámaras (jerarquía). De allí que cuando la ley orgánica regula la manera de desarrollar legislativamente una determinada materia, señalada de antemano por la Constitución, prevalecerá en ese ámbito específico sobre las demás leyes.

En este orden de ideas, el criterio jerárquico constituye la forma más elemental de resolver los conflictos entre normas jurídicas, acordándole mayor valor o fuerza a una sobre otra. Se apoya por tanto en una clasificación de las normas de conformidad con una escala de rangos en la que cada norma puede disponer sobre aquellas ubicadas en un nivel inferior, en tanto que estas últimas deben respetar estrictamente los contenidos de aquellas situadas en un rango superior. De allí que la posición de relativa superioridad intrínseca de unas normas sobre otras se conozca como principio de jerarquía, cuyos orígenes se encuentran en el surgimiento del Estado Liberal clásico.

El principio de jerarquía comporta, a su vez, consecuencias positivas y negativas. Positivas, en cuanto su ubicación en el sistema de fuentes implica un cierto grado de capacidad innovadora, activa y pasiva, frente a las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico. De allí que la norma superior pueda modificar o derogar válidamente todas aquellas que se encuentren en los niveles inferiores, e igualmente, dicha norma sólo puede ser modificada o derogada por otra del mismo o superior nivel. Por su parte, las consecuencias negativas de la aplicación del principio conllevan a que la norma de inferior jerarquía que contraríe los contenidos de la superior, podrá ser expulsada del ordenamiento jurídico.

Pues bien, en consonancia con el principio de jerarquía, esta Corporación ha estimado que "Desde luego una ley orgánica es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes que versen sobre el mismo contenido material, ya que éstas deben ajustarse a lo que organiza aquella". Así consideró esta Corporación en sentencia C- 337 de 1993, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra unos artículos de la Ley 21 de 1992 o Ley Orgánica de Presupuesto, providencia en la cual se estimó, igualmente, que "propiamente hablando, la ley orgánica no tiene el rango de norma constitucional, porque no

está constituyendo sino organizando lo ya constituido por la norma de normas, que es, únicamente, el Estatuto Fundamental”.

Posteriormente, en sentencia C- 283 de 1997, al momento de resolver una demanda de inconstitucionalidad presentada contra determinados artículos de la Ley 201 de 1995, “Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, esta Corporación considero que “el artículo 151 de la Carta, al establecer que “el Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa”, no determina que las normas de naturaleza orgánica adquieran, por ese hecho, rango constitucional”.

Ahora bien, dentro de la evolución jurisprudencial que ha conocido la figura del bloque de constitucionalidad en Colombia, en un primer fallo, proferido a consecuencia de una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra determinados artículos de la Ley 397 de 1997, “Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”, esta Corporación afirmó que “El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.”⁵

Más recientemente, la Corte en sentencia C- 985 de 2006, con ocasión del examen de unas objeciones presidenciales formuladas contra el Proyecto de ley No. 144/05 Senado, 194/04 Cámara “Por medio del cual la Nación rinde homenaje al Municipio de Andalucía en sus 121 años de haber sido creado jurídicamente como entidad territorial del Departamento del Valle del Cauca”, reiteró su postura en el sentido de considerar que las leyes orgánicas conforman el bloque de constitucionalidad lato sensu, lo que significa que se trata de “parámetros para determinar el valor constitucional de las disposiciones sometidas a control”⁶.

En este orden de ideas, en el tema de las leyes orgánicas, la aplicación del principio jerárquico implica afirmar que, en razón de su especial caracterización constitucional, aquélla ocupa un lugar superior a aquel de las leyes ordinarias. De allí que la ley ordinaria no podría entrar a modificar o derogar ningún aspecto contenido en la ley orgánica, por cuanto se estaría oponiendo o contrariando los dictados de una norma jurídica ubicada en un plano superior.

En tal sentido, el principio de jerarquía en materia de leyes orgánicas en Colombia se apoya en (i) la exigencia constitucional de un procedimiento legislativo agravado, en el sentido de requerir la aprobación del proyecto de ley, en una y otra Cámara, por mayoría absoluta; (ii) el principio democrático implicaría una voluntad diferente del Congreso de la República; y (iii) el contenido propio de las leyes orgánicas versa sobre los procedimientos que el Congreso debe observar al expedir las demás leyes, lo que determina que todas las leyes deban sujetarse a las disposiciones de la ley orgánica.

A su vez, el principio de competencia, implica una determinada inmunidad o protección de la

norma frente a otras de igual jerarquía normativa, en función del tema regulado. No se trata, en consecuencia, de un problema de jerarquía, en el sentido de que una disposición no pueda ser modificada por otra ubicada en un plano inferior, sino que, encontrándose ambas normas en un mismo nivel en el sistema de fuentes, una de ellas, por disposición constitucional debido al tema que regula, no puede ser modificada o reformada sino por otra que sea de rango superior (la Constitución) o bien de igual jerarquía, a condición de que regule el mismo tema.

Sobre el particular, cabe señalar que la Corte ha estimado que, de conformidad con el artículo 151 Superior, se vulnera la Constitución cuando, en el caso de las leyes ordinarias “algunos de sus artículos... violan la reserva de ley orgánica, si su contenido normativo es de aquellos que la Constitución ha ordenado que se tramiten por medio de esas leyes de especial jerarquía que son las leyes orgánicas”⁷. Posteriormente, en sentencia C- 579 de 2001, referente a la demanda dirigida contra unos artículos de la Ley 617 de 2000 estimó que sólo forman parte de la reserva de ley orgánica aquellas materias específica y expresamente señaladas por el Constituyente, ya que, como esta clase de leyes condiciona el ejercicio de la actividad legislativa, una interpretación demasiado amplia de tal reserva terminaría por despojar de sus atribuciones al legislador ordinario. De allí que “aquellas materias que no hayan sido objeto de un señalamiento expreso por parte del Constituyente en el sentido de que deban tramitarse como leyes orgánicas, deberán entenderse sujetas a la competencia del Legislador ordinario”⁸.

Así las cosas, los conflictos que se pueden presentar entre la ley ordinaria y la orgánica pueden ser dos: que la ley orgánica se extralimite invadiendo materias que son propias de otro tipo de ley en los términos del artículo 151 Superior (vgr. la ley orgánica regula un tema de ley estatutaria) o bien, que el legislador ordinario invada las competencias del orgánico.

Ahora bien, es necesario señalar que la Constitución colombiana establece en su artículo 151 que el Congreso de la República expedirá las leyes orgánicas a las cuales estará sometida su actividad legislativa, mediante las cuales se regularán las siguientes materias: “los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales”. De igual manera, establece una rigidez en la aprobación de las mismas consistente en que requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

En este orden de ideas, se puede afirmar que, en materia de leyes orgánicas, existe efectivamente una jerarquía, en el sentido de que las materias orgánicas no pueden ser derogadas o modificadas mediante leyes de diferente naturaleza.

En consonancia con lo anterior, en diversos fallos la Corte ha examinado las relaciones existentes entre la ley orgánica y la ordinaria. Así pues, en sentencia C-423 de 1995, el juez constitucional estimó que “Las leyes orgánicas se constituyen en reglamentos que establecen límites procedimentales, para el ejercicio de la actividad legislativa, en el caso de las leyes ordinarias en general y en el de ciertas y determinadas leyes en especial; son normas de autoreferencia para quienes tienen la facultad de expedirlas y posteriormente

desarrollar la materia de la cual tratan, a través de leyes ordinarias”. En igual sentido, en sentencia C- 600ª de 1995, referente a una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra unos artículos de la Ley 60 de 1993, la Corte señaló que “Una ley ordinaria tiene entonces que respetar los mandatos de la legislación orgánica; no puede entonces una ley ordinaria derogar una ley orgánica, ni tampoco invadir su órbita de competencia ya que, si ello fuera posible, la actividad legislativa dejaría de estar sujeta a la legislación orgánica”.

Posteriormente, en providencia C- 446 de 1996, referente a una demanda ciudadana presentada contra unos artículos de la Ley 38 de 1989 o Ley Orgánica de Presupuesto, consideró que la “ley orgánica del presupuesto se encuentra dotada de la característica especial de poder condicionar la expedición de otras leyes sobre la materia a sus prescripciones, de modo tal que una vulneración o desconocimiento de los procedimientos y principios que en ella se consagran al momento de la expedición de las leyes presupuestales ordinarias, puede acarrear la inconstitucionalidad de éstas”. De igual manera, en sentencia C- 432 de 2000 atinente a una acción pública de inconstitucionalidad dirigida contra el artículo 21 de la ley 344 de 1996, “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, esta Corporación estimó que debe realizarse un cuidadoso examen de las limitaciones contenidas en la ley orgánica, pues, una interpretación laxa del ámbito reservado al legislador orgánico o estatutario, podría terminar por vaciar de competencia al legislador ordinario y restringir ostensiblemente el principio democrático. De allí que “La duda en el caso de si una determinada materia tiene reserva de ley orgánica o no, debe resolverse a favor del legislador ordinario, por dos razones fundamentales: la cláusula general de competencia del legislador y por las limitaciones de las leyes orgánicas constituyen un límite al proceso democrático.”

Siguiendo con esta misma línea jurisprudencial, la Corte en sentencia C- 093 de 2002, referente a una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra algunos artículos de la Ley 128 de 1994, “por la cual se expide la Ley Orgánica de las Areas Metropolitanas”, estimó que disposiciones relativas a asuntos no sujetos a la reserva de ley orgánica pueden estar contenidas en un solo texto con aquellas que desarrollan aspectos no sujetos a tal reserva, siempre que guarden entre sí la concatenación material exigida por el artículo 158 superior.

5.2.4. El procedimiento legislativo requerido para la aprobación de la ley orgánica.

En Colombia, el procedimiento legislativo requerido para la aprobación de la ley orgánica está sometido a una rigidez constitucional, en el sentido de que el respectivo proyecto de ley debe ser aprobado por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Al respecto, la Corte en sentencia C- 600ª de 1995 estimó que “el establecimiento de una mayoría más exigente para la aprobación y modificación de estas últimas, no son un capricho del Constituyente sino que tocan con valores constitucionales trascendentales, como el respeto a los derechos de las minorías y el mantenimiento de una cierta configuración del aparato estatal. En efecto, estas leyes tienden a precisar y complementar las disposiciones constitucionales relativas a la organización y funcionamiento del poder público, por lo cual tienen vocación de permanencia. El Constituyente ha querido que esos contenidos normativos que considera particularmente importantes para la configuración del aparato

estatal, no estén sujetos a la mayoría simple sino a una mayoría reforzada, con lo cual se busca conferir una mayor estabilidad a la regulación de esas materias.”

5.2.5. La caducidad de la acción pública de inconstitucionalidad en relación las leyes orgánicas.

En lo que atañe a la variedad de vicio de inconstitucionalidad que se genera por la violación de la reserva de ley orgánica, la Corte ha estimado que se trata “de un vicio material que no caduca”⁹. En tal sentido, en sentencia C- 600ª de 1995, atinente a una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra unos artículos de la Ley 60 de 1993, por estimar que los mismos al regular ciertas competencias de política social asignadas a la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios debían haber surtido el trámite de una ley orgánica y no ordinaria, consideró que “un análisis más detenido muestra que el desconocimiento de la reserva de ley orgánica no constituye un vicio puramente formal, puesto que tiene que ver con el contenido material de la norma acusada. La situación es en este aspecto idéntica a la violación de la regla de la unidad de materia (CP art. 158), que esta Corporación ya ha reconocido como un vicio material que no caduca”. Y más adelante, se señala que “la violación de la reserva de ley orgánica implica precisamente que el Congreso no tiene la autorización constitucional -esto es, carece de competencia y de legitimidad- para utilizar la forma de la ley ordinaria para materias que la Carta ha atribuido a la forma de la ley orgánica. Estamos pues en presencia de un vicio de competencia que, como esta Corporación ya lo ha señalado en anteriores decisiones, no es de forma sino material”.

Así las cosas, a manera de conclusión, se puede afirmar que la expresión “ley orgánica” ha sido empleada en diversas ocasiones en la historia del constitucionalismo occidental, aunque no siempre ha designado una misma realidad, clara e inequívoca. De hecho, su denominación doctrinaria no ha sido constante, aludiéndose a ellas en términos de “leyes separadas”, “leyes especiales”, “leyes secundarias”, incluso “legislación constitucional secundaria”. De tal suerte que el vocablo “ley orgánica” ha sido empleado de las diversas maneras en el constitucionalismo, a saber: (i) entendiendo por ella una ley de naturaleza paraconstitucional, encargada de hacer interpretaciones de autoridad sobre el texto constitucional; (ii) como una ley encargada de desarrollar temas que no pudieron o no quisieron serlo durante el proceso constituyente; y (iii) como normas procedimentales, dirigidas al Congreso, que garantizan el pluralismo y la publicidad, y que coinciden con lo que nosotros llamamos “reglamento del Congreso”; se trata, en últimas, de leyes sobre leyes, no de leyes sustanciales sino instrumentales.

En Colombia, las dos primeras acepciones pueden ser entendidas como interpretaciones políticas, en tanto que la última lo es jurídica. En efecto, en los términos del artículo 151 Superior, mediante la ley orgánica se regula la actividad legislativa del Congreso de la República, lo cual incluye, por supuesto, el procedimiento legislativo ordinario, así como los demás.

6. Examen de constitucionalidad en relación con la autorización previa del Ministerio de la Protección Social (art. 20 de la Ley 1122 de 2007).

6.1. Primer cargo de inconstitucionalidad: violación de la reserva de ley orgánica.

El ciudadano demandante alega que el establecimiento de una autorización previa, por medio de una supuesta ley ordinaria, que debe emitir el Ministerio de la Protección Social, o quien éste delegue, para efectos de que una entidad territorial pueda contratar con instituciones prestadoras de servicios de salud debidamente habilitadas, en los casos en que no exista una oferta de servicios o ésta sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, desconoce el mandato del artículo 151 Superior según el cual existiría reserva de ley orgánica en esta materia.

Así las cosas, la Corte debe absolver dos interrogantes (i) si efectivamente la norma acusada se tramitó como ley ordinaria; y (ii) en caso afirmativo, deberá establecer si la disposición debió haber surtido el trámite de una ley orgánica.

6.1.1. Explicación del trámite que surtió la norma acusada en el Congreso de la República.

Una vez revisado el trámite surtido por la norma acusada se pudo constatar que la misma fue aprobada en la Cámara de Representantes por mayoría simple, en tanto que en la Plenaria del Senado fue aprobada por mayoría absoluta, tal y como pasa a explicarse.

El 20 de julio de 2006, la senadora Dilian Francisca Toro Torres, y los representantes Sandra Rocío Ceballos Arévalo y Eduardo Benítez Maldonado, radicaron el proyecto de ley núm. 001 Cámara “por medio de la cual se reforma la Ley 100 de 1993 en materia de salud. Proyecto: por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 48, 49, 356 y 357 de la Constitución Política”.¹⁰ Los objetivos centrales del proyecto de ley eran (i) reordenar el Sistema General de Seguridad Social en Salud; (ii) universalizar la cobertura de aseguramiento en tres años y la sostenibilidad de largo plazo; (iii) reestructurar y aumentar el financiamiento; (iv) mejorar el flujo, la protección y el uso adecuado de los recursos, a través del fortalecimiento y descentralización del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control, de manera que se garantice el equilibrio en las relaciones entre aseguradores y prestadores, se racionalice la prestación de servicios de salud y se fortalezcan las políticas, planes y proyectos de salud pública en el territorio nacional.

Ese mismo día, el Ministro de la Protección Social radicó ante la Secretaría de la Cámara de Representantes, el proyecto de ley núm. 002 de 2006, “por la cual se hacen algunas modificaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. En cuanto a los propósitos a alcanzar con la reforma se destacan los siguientes (i) lograr la cobertura total del sistema, es decir, asegurar al 18% de la población colombiana (7 millones de personas) que no se encuentra actualmente afiliada a ninguno de los regímenes existentes; (ii) incrementar los recursos que alimentan el SGSSS; (iii) devolverle la responsabilidad de la ejecución de la totalidad de las acciones de promoción y prevención a las entidades aseguradoras del Régimen Subsidiado; y (iv) fortalecer el componente de inspección, vigilancia y control del sistema con énfasis en funciones de control, mediante la introducción de sistemas orales o abreviados de procesamiento sin perjuicio de garantizar el derecho al debido proceso.

Posteriormente, fueron presentados otros quince proyectos de reforma a la Ley 100 de 1993, tal y como da cuenta el texto del “INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE A LOS PROYECTOS DE LEY NUMEROS 040 DE 2006 SENADO, 02 DE 2006 CAMARA por la cual se

realizan modificaciones al Sistema General de Seguridad Social y se dictan otras disposiciones, de origen gubernamental, y sus Proyectos acumulados: 01 de 2006 Cámara, 018 de 2006 Cámara, 084 de 2006 Cámara, 130 de 2006 Cámara, 137 de 2006 Cámara, 140 de 2006 Cámara, 141 de 2006 Cámara, 20 de 2006 Senado, 26 de 2006 Senado, 38 de 2006 Senado, 67 de 2006 Senado, 116 de 2006 Senado, 122 de 2006 Senado, 128 de 2006 Senado, 143 de 2006 Senado y el 01 de 2006 Senado, 087 de 2006 Cámara.”¹¹

Ahora bien, en el texto del “INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 040 DE 2006 SENADO, 02 DE 2006 CÁMARA”, el actual artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 figuraba como artículo 14 con el siguiente texto:

“Artículo 14. Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda. Las entidades territoriales contratarán, con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas. (negritas agregadas).¹²

Finalmente, el texto aprobado por las Comisiones Séptimas conjuntas de Cámara y Senado en materia de prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda fue el siguiente:

De manera semejante en el texto del “INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY 02 DE 2006 CÁMARA, 040 DE 2006 SENADO”, se propuso el siguiente artículo:

Artículo 22. Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda. Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada en lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas. (negritas agregadas).¹⁴

Ahora bien, de conformidad con certificación expedida por el Secretario General de la Cámara de Representantes, durante la sesión plenaria que tuvo lugar el 4 de diciembre de 2006 fue sometido a votación ordinaria el actual artículo 20 de la Ley 1122 de 2007. Lo anterior, según consta en el registro electrónico y manual remitido por el Subsecretario General de la Corporación y el Acta de la Sesión Plenaria núm. 29 de diciembre 4 de 2006, publicada en la Gaceta del Congreso núm. 10 de 2007, pp. 13 a 33.

Posteriormente, según consta en la Gaceta del Congreso núm. 61 de 2007, Pág. 31, el artículo 22 fue sometido a la siguiente votación en la Plenaria del Senado:

Por Secretaría se da lectura a los artículos que se van a votar en bloque:

Señor Presidente, los artículos del bloque del articulado son el 1°, el 4°, el 5°, el 6°, el 7°, el 8°, el 9°, el 10, el 11, 14, 19, 22, 23, 25, 26, 28, 29, 30 que es un artículo de ley orgánica, 32, 33, 34, 37 otro artículo de ley orgánica, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49 y 50 son los artículos para votar en bloque, señor Presidente.

La Presidencia somete a consideración de la plenaria el articulado del proyecto leído por el Secretario, y cerrada su discusión pregunta: ¿Adopta la plenaria el articulado propuesto? Y esta responde afirmativamente.

Deja constancia de su voto negativo a la aprobación del articulado, la bancada del Partido Polo Democrático.

Por Secretaría se informa que los artículos orgánicos fueron aprobados con el quórum constitucional, y la abstención de voto de los honorables Senadores: David Char Navas e Iván Díaz Matéus, artículo que tenga que ver con IPS, Alejandra Moreno Piraquive, Manuel Antonio Virgüez Piraquive, Piedad Zuccardi de García, Arturo Char Chaljub y Alfonso Núñez Lapeira en los artículos 28 y 39.

De igual manera, según constancia suscrita por el Secretario General del Congreso, “El artículo 20 fue puesto a consideración de la plenaria el día miércoles 6 de diciembre, según consta en la Gaceta No. 57 del jueves 1 de marzo de 2007, pudiéndose constatar un quórum de 92 Honorables Senadores de la República de los 102 que conforman la Plenaria”.

Como se observa, el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 fue aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes por mayoría simple, en tanto que en la Plenaria del Senado, lo fue por mayoría absoluta. En otras palabras, la norma acusada no fue aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras.

Así las cosas, una vez examinados los antecedentes legislativos, la Corte constata que el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 no fue aprobado por la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras.

6.1.2. La disposición acusada no viola la reserva de ley orgánica.

La Corte considera que la disposición acusada no viola la reserva de ley orgánica, por cuanto no versa sobre la actividad del Congreso de la República en punto al establecimiento de competencias normativas entre la Nación y las entidades territoriales.

En efecto, según las líneas jurisprudenciales reseñadas, los asuntos materia de ley orgánica se encuentran determinados de manera expresa en la Constitución, no pudiendo, entonces, suplantarse la voluntad del Constituyente extendiendo la reserva de ley orgánica a asuntos que él no consideró necesario deferir a este tipo de leyes. De igual manera, se estimó por la Corte que “En el evento en que el juez constitucional se enfrente al estudio de una ley ordinaria que ha sido demandada por vulneración de la reserva de ley orgánica y siempre que los criterios hermenéuticos existentes resulten insuficientes para definir si la materia regulada por ésta se encuentra reservada al legislador orgánico, la duda debe resolverse a favor de la opción adoptada por el legislador ordinario, y, por lo tanto, la norma deberá ser declarada exequible respecto del cargo en mención”.¹⁵

Ahora bien, en el presente caso el legislador se limitó a incluir un requisito para efectos de que un municipio pueda contratar con entidades prestadoras del servicio de salud debidamente habilitadas y diferentes a las Empresas Sociales del Estado, cuando quiera que la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia. No se trata, en consecuencia, de ninguna de las materias sobre las cuales la Constitución ha establecido reserva de ley orgánica, en los términos de la jurisprudencia constante de la Corte. En efecto, en el caso concreto, el legislador realmente no fijó pautas para que, en el futuro, el mismo Congreso de la República adoptara disposiciones sobre el reparto de competencias entre la Nación y las entidades territoriales en materia de prestación del servicio de salud para la población más pobre. En efecto, la norma acusada se limita a (i) dejar en cabeza de las entidades territoriales la competencia para contratar los mencionados servicios de salud; y (ii) señalar unos supuestos fácticos en los cuales, contando con la autorización previa del Ministerio de la Protección Social, el municipio o departamento pueda contratar. En otras palabras, no se está ante el establecimiento de una norma que, con vocación de permanencia (norma paraconstitucional) determine principios o reglas para operar un reparto de competencias entre la Nación y las entidades territoriales en materia de prestación del servicio de salud, y por ende, el hecho de haber sido tramitada como ley ordinaria y no orgánica, no se desconoce el artículo 151 Superior, como lo sostiene el actor.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, por ausencia de violación del principio de reserva de ley orgánica.

6.2. Segundo cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 20 (parcial) de la Ley 1122 de 2007: la vulneración del principio de autonomía de las entidades territoriales.

El demandante alega que la autorización previa que establece la norma acusada desconoce la autonomía de las entidades territoriales (artículo 287 constitucional) por cuanto limita enormemente la facultad de que éstas disponen para contratar los servicios de salud para atender la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda. La Corte no comparte tales afirmaciones, por las razones que pasan a explicarse.

A lo largo de los años, la Corte ha consolidado unas claras líneas jurisprudenciales en el sentido de que la Carta Política de 1991 contempla una forma de Estado que se construye a partir del principio unitario, pero que garantiza, al mismo tiempo, un ámbito de autonomía para sus entidades territoriales¹⁶. Dentro de ese esquema, la distribución de competencias entre la Nación y los entes territoriales es algo que el ordenamiento superior ha confiado al legislador, para lo cual se le han establecido un conjunto de reglas mínimas orientadas a asegurar una articulación entre la protección debida a la autonomía territorial y el principio unitario, reglas que en ocasiones otorgan primacía al nivel central, al paso que en otras impulsan la gestión autónoma de las entidades territoriales.¹⁷

En este orden de ideas, se precisa armoniza los contenidos de los principios de unidad y de autonomía, los cuales se limitan recíprocamente. En tal sentido, el juez constitucional en sentencia C- 535 de 1996 consideró que la autonomía debía entenderse como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, lo cual quiere decir que si bien, por un lado, se afirman los intereses locales, se reconoce, por otro, “la supremacía de un ordenamiento superior, con lo

cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario.”¹⁸ En esa misma providencia se señaló que “por un lado, el principio de autonomía debe desarrollarse dentro de los límites de la Constitución y la ley, con lo cual se reconoce la posición de superioridad del Estado unitario, y por el otro, el principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía cuyo límite lo constituye el ámbito en que se desarrolla esta última.”¹⁹

Posteriormente, la Corte en sentencia C-1258 de 2001 adelantó unas precisiones en relación con el papel que le corresponde cumplir al legislador en la configuración de los ámbitos de la autonomía regional, indicando que ésta se encuentra integrada por “el conjunto de derechos, atribuciones y facultades reconocidas en la Carta Política a las entidades territoriales y a sus autoridades, para el eficiente cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo.”²⁰ En cuanto al límite máximo, expresó la Corte que el mismo tiene una frontera en aquel extremo que al ser superado rompe con la idea del Estado unitario.²¹

Más recientemente, en sentencia C- 931 de 2006, esta Corporación se refirió al contenido del principio de autonomía de las entidades territoriales, en los siguientes términos:

“En ese esquema, para la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, el legislador deberá tener en cuenta que el contenido esencial de la autonomía se centra en la posibilidad de gestionar los propios intereses(C.P. art 287), una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a actuar a través de órganos propios en la administración y el gobierno de los asuntos de interés regional o local. Tal derecho, contenido de manera expresa en el artículo 287 Superior, hace parte del núcleo esencial de la autonomía, indisponible por el legislador, y se complementa con las previsiones de los artículos 300-7 y 313-6 de la Constitución, conforme a los cuales corresponde a las entidades territoriales determinar la estructura de sus respectivas administraciones, creando las dependencias que se estimen necesarias y fijándoles las correlativas funciones.

“No obstante lo anterior, es claro que, para preservar el interés nacional y el principio unitario, corresponde al legislador establecer las condiciones básicas de la autonomía y definir, respetando el principio de subsidiariedad, las competencias del orden nacional que deberán desarrollarse conforme al principio de coordinación, que presupone unas reglas uniformes y una pautas de acción que, sin vaciar de contenido el ámbito de autonomía territorial, permitan una armonización de funciones.

De igual manera, la Corte en sentencia C-173 de 2006 consideró que no vulneraba el principio de autonomía de las entidades territoriales, el establecimiento de una autorización previa, en cabeza del alcalde municipal, a efectos del establecimiento de juegos localizados. En palabras de esta Corporación:

“Por otra parte, en lo que concierne a la naturaleza jurídica del concepto previo y favorable que debe rendir el alcalde del municipio en el cual van a funcionar unos juegos localizados, se tiene que, tal y como lo sostiene el demandante, en derecho administrativo es usual encontrar que en la formación de voluntad de la administración concurren diversos órganos o instancias, mediante la técnica expedición de dictámenes, bien sean (i) facultativos, caso en el cual se pueden seguir o no por la correspondiente autoridad pública; (ii) de obligatoria demanda, en el sentido de que necesariamente, antes de adoptar una decisión final, hay que

conocer el parecer de un determinado órgano, opinión que finalmente puede ser seguida o no; y (iii) vinculantes, los cuales, además de ser tramitados con antelación a la toma de la correspondiente decisión, atan a la administración, en la medida en que ésta no puede adoptar una contraria.

Al respecto cabe señalar que en estos casos se trata de la expedición de actos administrativos complejos, entendiendo por tales aquellos que resultan “del concurso de voluntades de varios órganos de una misma entidad o de entidades públicas distintas, que se unen en una sola voluntad. En todo caso es necesario para que exista un acto complejo que haya unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para formar un acto único. En el acto complejo la voluntad declarada es única y resulta de la fusión de la voluntad de los órganos que concurren a formarla o de la integración de la voluntad del órgano a que se refiere el acto. Si las voluntades que concurren a la formación del acto son iguales, el acto se forma por la fusión de las distintas voluntades; si son desiguales, por la integración en la principal de las otras. Habrá integración de voluntades cuando un órgano tiene facultad para adoptar una resolución, pero ese poder no podía ejercerse válidamente sin el concurso de otro órgano...”²²

En tal sentido, la expedición de un dictamen previo y favorable, en tanto que elemento constitutivo de un acto administrativo complejo, no constituye una mera formalidad, sino un acto de contenido material, y por ende, debe ser motivado.

En suma, el concepto previo y motivado que debe rendir el alcalde en cuanto a la instalación de juegos localizados en su respectivo municipio es un acto de contenido material, que debe contener consideraciones fácticas y jurídicas, y por ende, puede ser susceptible de ser controvertido judicialmente.

4. La facultad constitucional con que cuenta el legislador para establecer y regular monopolios rentísticos en materia de juegos de suerte y azar.

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha considerado que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para organizar el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar. Al respecto, en sentencia C-1108 de 2001, esta Corporación estimó que “En la medida en que es la propia ley la que establece el monopolio, el legislador cuenta con un amplio margen de apreciación para el efecto, dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad”. Luego, en sentencia C-1114 de 2001 esta Corporación afirmó que “tratándose de recursos públicos, como ciertamente lo son los generados por las rentas monopolizadas, corresponde a la ley determinar dentro de un amplio margen de apreciación las modalidades y las características de las mismas cualquiera sea la forma de gestión que se adopte -directa, indirecta, mediante terceros- y señalar la mejor manera para la obtención de las rentas que propicien la adecuada prestación de servicios públicos que como los de salud están tan íntimamente relacionados con las necesidades insatisfechas de la población (C.P., arts. 1, 2 y 365)”. En igual sentido, en sentencia C-1191 de 2001 precisó que la Constitución confiere al legislador “una amplia facultad de regulación en materia de monopolios rentísticos, pudiendo ceder o no la titularidad de algunas rentas (o la explotación de monopolios) a las entidades territoriales, e imponer las limitaciones, condicionamientos o exigencias que estime necesarias, todo ello sin perjuicio de la facultad de estas últimas de

disponer de los recursos obtenidos en la explotación de sus monopolios, y siempre y cuando se destinen a los fines para los cuales fueron previstos". Así por ejemplo, tal y como lo examinó la Corte en sentencia C-031 de 2003, el legislador puede restringir la operación de monopolios a las personas jurídicas.

En este orden de ideas, existe una clara línea jurisprudencial en el sentido de que en lo referente a la organización y funcionamiento del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa, lo cual no obsta para que el Congreso de la República pueda "asignar a las entidades territoriales ciertos aspectos puntuales de la regulación de los monopolios rentísticos"²³, como el relativo al valor de los sorteos de las loterías"²⁴. En consecuencia, es plausible afirmar que, a fortiori, el legislador puede establecerle a favor del alcalde municipal una competencia, con fundamento en el artículo 315-10 Superior, ya no normativa como la anteriormente señalada para el caso de las Asambleas Departamentales, sino meramente administrativa, como lo es la emisión de un concepto previo y favorable para la instalación de juegos de suerte y azar en su municipio.

Cabe asimismo señalar que, si bien la renta generada por la explotación del monopolio sobre juegos de suerte y azar no constituye un recurso endógeno de la entidad territorial²⁵ y que es gestionada por la ETESA, también lo es que los titulares de la misma son los Departamentos, el Distrito Capital y los municipios, motivo por el cual, no resulta irrazonable que los alcaldes participen en la toma de la decisión acerca de la instalación de unos juegos localizados en sus respectivos municipios, tanto más y en cuanto, como se ha indicado, por la misma naturaleza de tales juegos es preciso armonizar su instalación con el Plan de Ordenamiento Territorial.

En efecto, el Plan de Ordenamiento Territorial, cuya importancia ha sido resaltada por la jurisprudencia constitucional²⁶, es entendido como un conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas encaminadas a orientar y administrar el territorio, constituye un instrumento esencial para direccionar un adecuado desarrollo económico, social, ambiental y cultural de los municipios, así como planear la ejecución de obras públicas. En la elaboración del mismo, por lo demás, participa activamente la ciudadanía, e igualmente, se busca concertar acuerdos entre las diversas instituciones estatales. Otro tanto sucede en el derecho comparado²⁷.

Aunado a lo anterior, es necesario tener en cuenta que, según el Texto Fundamental, le corresponde al Alcalde conservar el orden público del municipio de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es, por mandato constitucional, la primera autoridad de policía del municipio y, en tal calidad, además de la función genérica, confiada a todas las autoridades, de proteger a las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, tiene a cargo la específica de salvaguardar, "en el ámbito territorial del municipio, la pacífica convivencia entre sus habitantes y el ejercicio razonable y lícito de las actividades que ellos emprendan"²⁸. En tal sentido, le corresponde al alcalde municipal ejercer la función de policía, entendida ésta como "la adopción reglamentaria de ciertas prescripciones de alcance local sobre un tema en particular dirigidas a un grupo específico de personas, y de los habitantes y residentes de la localidad, bajo la orientación de

la Constitución, la ley y el reglamento superior, de tal manera que la autoridad de policía local pueda actuar ante condiciones específicas, según los términos que componen la noción de orden público policivo y local, lo que le permite dictar normas que regulen aquellas materias con carácter reglamentario y objetivo”²⁹.

Siendo entonces el alcalde el competente para preservar y mantener el orden público en el respectivo municipio, no contraría la Constitución la adopción de medidas encaminadas a que dicha autoridad pueda realizar una gestión administrativa que concrete el poder de policía que ha sido ejercido directamente por el legislador³⁰, valorando las circunstancias concretas de orden público para efectos de adoptar la decisión que estime más conveniente según el caso en materia de funcionamiento de establecimiento destinados a la realización de juegos de suerte y azar. De tal suerte que, no viola la Constitución que el legislador otorgue a los alcaldes municipales la realización de una gestión concreta y preventiva, propia de sus funciones de policía, consistente en expedir un concepto previo y favorable para la instalación de juegos localizados en sus respectivos municipios, medida destinada a mantener el orden público en su localidad, de conformidad con la ley (CP art. 315-2), concepto que comprende la garantía de la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas.

En suma, no constituye una extralimitación del legislador en materia de autonomía de las entidades territoriales, haberle otorgado a los alcaldes municipales el ejercicio de una competencia mediante la cual se materializan las facultades de policía de las cuales son titulares aquéllos.”

Pues bien, el caso concreto se trata igualmente del establecimiento de un concepto previo, en cabeza, en esta ocasión, de una autoridad del orden nacional, como lo es el Ministerio de la Protección Social. Según el ciudadano demandante, la fijación de dicho requisito vulneraría la autonomía de las entidades territoriales para contratar. No comparte la Corte dichas afirmaciones, por las siguientes razones,

La norma acusada dispone que las entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. No obstante lo anterior, cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas.

Al respecto, esta Corporación entiende que la disposición demandada persigue dos objetivos: (i) que, como regla general, la contratación para la prestación de los servicios de salud para la población más pobre no asegurada se lleve a cabo por las Empresas Sociales del Estado ESE; y (ii) que como excepción, y bajo la configuración de determinados supuestos fácticos, aquélla pueda ser contratada con particulares que garanticen la prestación oportuna, eficiente y adecuada del servicio.

Así las cosas, la entidad territorial no es despojada o desprovista de su capacidad contractual. Todo lo contrario. Previa autorización de la autoridad nacional, el municipio o departamento celebran el respectivo contrato con los particulares prestadores del servicio público de salud. No se trata, por tanto, de pasar una competencia del orden territorial al

nacional, sino introducir ciertos elementos racionalizadores que garanticen una mayor transparencia y eficacia en el proceso contractual, y en últimas, de establecer una garantía para la calidad del servicio, en aras a prevenir casos de corrupción y desviación de recursos públicos. En últimas, el requisito se soporta sobre la consecución de un objetivo constitucionalmente admisible.

En este orden de ideas, la autorización previa no se torna en un requisito irrazonable o absurdo, violatorio del principio de autonomía de las entidades territoriales, por cuanto su concesión debe soportarse sobre los necesarios fundamentos fácticos y jurídicos.

Ahora bien, la racionalidad de la autorización previa para contratar, si bien no lesiona prima facie el principio de autonomía de las entidades territoriales, podría llegar a desconocerlo de no establecerse límite temporal alguno para que el Ministerio de Protección Social se pronuncie en relación con la contratación que desea adelantar la correspondiente entidad territorial. De allí que la Corte considere que en estos casos la mencionada respuesta debe darse dentro del plazo establecido por el Código Contencioso Administrativo.

En tal sentido, si bien la autorización previa no se torna en un requisito irrazonable o absurdo, ya que busca en una situación excepcional constatar que las instituciones prestadoras de salud con las cuales se va a contratar por el Departamento o Municipio fuera de su área de influencia garanticen la prestación oportuna, eficiente y adecuada del servicio de salud y, por lo mismo no desconoce prima facie la autonomía de las entidades territoriales, la Corte estima necesario condicionar la exequibilidad del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, a que la expedición de la respectiva autorización se realice dentro del plazo establecido en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo para responder peticiones, cumplido el cual se entenderá que se ha concedido la autorización.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, por los cargos analizados, en el entendido que si transcurrido el plazo establecido en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo para responder peticiones se entenderá que se ha concedido la autorización.

6.3. Tercer cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 20 (parcial) de la Ley 1122 de 2007: violación del artículo 209 Superior.

El demandante sostiene que la expresión “previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue”, del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 constituye una vulneración del artículo 209 Superior en cuanto se erige en “una barrera de orden administrativo con sentencia de muerte, que desconoce los principios constitucionales que rigen la función administrativa contenidos en el artículos 209 constitucional”. La Vista Fiscal, por su parte, manifiesta también su preocupación por los efectos prácticos que puede conllevar la medida, como quiera que estima que se está ante un trámite poco reglado, que no brinda mayores seguridades, motivo por el cual propone condicionar la constitucionalidad de la norma en los siguientes términos:

“Declarar EXEQUIBLE la expresión “la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas”, contenida en el artículo 20 de la Ley 1122

de 2007, únicamente por el cargo formulado y bajo el entendido que el trámite de autorización previa por parte del Ministerio de Protección Social, o por quien delegue, para que las entidades territoriales puedan contratar con Instituciones Prestadoras la prestación de servicios de salud para la población pobre no asegurada y en lo no cubierto por subsidios a la demanda, se debe someter al proceso establecido en el Código Contencioso Administrativo y su no respuesta a la entidad territorial solicitante dentro del término contemplado en dicho código para configurarse decisión negativa hará que opere el silencio administrativo positivo, con lo cual se entiende que la autorización solicitada ha sido concedida.

De igual manera, bajo el entendido que la contratación excepcional autorizada con las Instituciones Prestadoras de Salud se debe hacer bajo los principios que rigen la función administrativa, la gestión fiscal y los propios de la contratación pública estatal que les sean aplicables.

No comparte la Corte la argumentación planteada por la Vista Fiscal, por las razones que pasan a explicarse.

En diversas oportunidades³¹, en sede de tutela, esta Corporación ha examinado el contenido y alcance de los principios constitucionales que orientan la función administrativa, entre ellos, aquellos de eficacia y eficiencia. Así, ha entendido que (i) el principio de eficacia es especialmente importante cuando se trata de procesos administrativos que involucran derechos fundamentales³²; (ii) la deliberada negligencia administrativa, las fallas ocasionadas por la ineptitud o incompetencia de los funcionarios o simplemente la ineficacia del sistema, no pueden ser presentadas como razones válidas para disculpar la protección de los derechos de las personas³³; (iii) la función pública debe regirse por los principios de eficacia y eficiencia en el servicio, los cuales son también pautas de comportamiento del Estado Social de Derecho y uno de los mecanismos para desarrollar los fines esenciales del Estado³⁴; y (iv) una actuación desordenada e ineficiente de la administración, aunque el objetivo buscado con ella sea la prevalencia del interés general sobre el particular, comporta, casi con seguridad, daños que, por el mismo caos generado en la falta de previsión de quienes debieran desplegarla en grado sumo habida cuenta de sus responsabilidades públicas, se salgan de su propio control y se produzca, entonces, además del perjuicio al interés colectivo, una violación a los derechos fundamentales de los asociados involucrados en tal situación³⁵.

De igual manera, en sede de control de constitucionalidad abstracto, la Corte ha examinado igualmente casos en los cuales los demandantes critican determinada norma legal por estimar que vulnera los principios que orientan la función administrativa.

Así por ejemplo, en sentencia C- 035 de 1999, referente a una acción pública de inconstitucionalidad dirigida el artículo 56 de la ley 99 de 1993, por considerar que la inclusión de un trámite en materia ambiental no tenía razón de ser “porque éste es un componente del estudio de impacto ambiental que contiene los mismos aspectos técnicos y científicos exigidos para la expedición de la licencia. Además, dicho trámite es oneroso y causa perjuicios, porque la evaluación del referido diagnóstico implica demora en el trámite de la licencia. En tal virtud, la regulación normativa acusada desconoce los principios de

economía, eficacia y celeridad contenidos en el art. 209 de la Constitución”, cargo que fue despachado desfavorablemente por la Corte, con base en las siguientes razones:

Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo. En tal virtud, la observancia de dichos principios no constituye un fin en si mismo, pues su acatamiento busca precisamente que se convierta en realidad el cumplimiento de los deberes sociales del Estado en materia ambiental. El posible conflicto entre la efectividad de los aludidos principios de la función administrativa y la necesidad de cumplimiento de los deberes sociales del Estado se resuelve en beneficio de esto último, porque es inconcebible que aquéllos predominen sobre el bien superior de atender valiosos deberes sociales del Estado, como son los atinentes a la preservación del ambiente. Por consiguiente, el ideal es que se realicen dichos deberes sociales, conciliando la efectividad de éstos con la conveniente, prudente y necesaria observancia de dichos principios.

En otras palabras, a juicio de la Corte, la inclusión de un trámite administrativo por el legislador no necesariamente vulnera los principios que deben orientar la función administrativa, en la medida en que aquél se encuentre justificado constitucionalmente. En palabras de esta Corporación “es indudable que la exigencia del diagnóstico ambiental de alternativas favorece la eficacia en el pronunciamiento sobre la petición de licencia, en la medida en que se erige en un instrumento que orienta y facilita la elaboración del estudio de impacto ambiental, y concierta las voluntades de la administración y del peticionario de la licencia, en cuanto a la mejor manera de impedir los efectos desfavorables de la obra o actividad en el ambiente”.

De igual manera, la Corte en sentencia C- 649 de 2002 se pronunció en relación con una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra el artículo 843 del Estatuto Tributario, por la supuesta vulneración de los principios que orientan la función administrativa. Según el demandante, el legislador habría vulnerado el artículo 209 Superior por cuanto, no obstante existir un procedimiento administrativo de cobro coactivo, la norma autorizaba a las entidades para contratar abogados externos. Esta Corporación estimó que no le asistía razón al demandante, por las siguientes razones:

“Los principios de la función administrativa se dividen en finalísticos (la función administrativa se encuentra al servicio del Estado), organizacionales (descentralización, desconcentración y delegación) y funcionales (igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía). En cuanto a la economía, como principio funcional, constituye una orientación para que el cumplimiento de los fines del Estado se proyecte buscando el mayor beneficio social al menor costo.

Pero en estos asuntos existe un amplio margen de apreciación y múltiples formas para su configuración, pues se requiere de elementos de connotación política que permitan materializar, a partir de normas legales y reglamentarias, sus aspectos sustanciales y procedimentales .

En este orden de ideas, el Congreso, como eje del debate político y democrático, tiene la

facultad de valorar múltiples opciones para adoptar aquella que considere adecuada según los condicionamientos fácticos y jurídicos analizados. Pero en manera alguna significa que las medidas adoptadas se reduzcan al terreno de lo político y se sustraigan del control constitucional, sino que, precisamente por tratarse de asuntos que son el fruto de la discusión democrática, gozan de una presunción de constitucionalidad reforzada. En consecuencia, las demandas formuladas contra una ley por desconocimiento de los principios de la función administrativa exigen de una carga argumentativa mayor, pues debe demostrarse que el diseño de la política o de los mecanismos legales no guarda relación con las previsiones del artículo 209 de la Carta. No le corresponde a la Corte determinar cuál es la mejor forma de regulación normativa, sino únicamente establecer si la que fue adoptada contraviene o no los preceptos constitucionales. (negritas agregadas).

Ahora bien, en la presente oportunidad la Corte estima igualmente que el legislador no ha vulnerado los principios orientadores de la función administrativa, por cuanto el establecimiento del requisito de la autorización previa del Ministerio de la Protección Social para efectos de que la entidad territorial pueda contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas, distintas a las Empresas Sociales del Estado, cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, no es irrazonable o injustificada.

En efecto, la norma acusada tiene por finalidad garantizar el adecuado uso de los escasos recursos económicos que alimentan el SGSSS, evitando que los mismos se despilfarren o desvíen por efectos de la corrupción administrativa, e incluso, por la presión de los grupos armados ilegales.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, por los cargos analizados, en el entendido que si transcurrido el plazo establecido en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo para responder peticiones se entenderá que se ha concedido la autorización.

7. Análisis de constitucionalidad de los cargos planteados contra el artículo 34 (parcial) de la Ley 1122 de 2007, en punto a las nuevas facultades de inspección y vigilancia del INVIMA.

7.1. Primer cargo de inconstitucionalidad. Violación al principio de reserva de ley.

Con el propósito de resolver el cargo de inconstitucionalidad planteado contra el artículo 34 (parcial) de la Ley 1122 de 2007, la Corte analizará el trámite legislativo que surtieron las expresiones acusadas, a fin de establecer si las mismas fueron aprobadas por las mayorías absolutas de los miembros de ambas Cámaras.

Así pues, en el texto del “INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 040 DE 2006 SENADO, 02 DE 2006 CÁMARA”, el actual artículo 34 de la Ley 1122 de 2007 figuraba como artículo 21 con el siguiente texto:

Artículo 21. Supervisión en algunas áreas de Salud Pública. Corresponde al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, como autoridad sanitaria nacional, además de las dispuestas en otras disposiciones legales, las siguientes:

a) La evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos;

b) La competencia exclusiva de la inspección, vigilancia y control de la producción y procesamiento de alimentos, de las plantas de beneficio de animales, de los centros de acopio de leche y de las plantas de procesamiento de leche y sus derivados;

c) La competencia exclusiva de la inspección, vigilancia y control sanitario de la importación y exportación de alimentos y materias primas para la producción de los mismos, en puertos, aeropuertos y pasos fronterizos. Corresponde a los departamentos, distritos y a los municipios de categorías 1, 2, 3 y especial, la vigilancia y control sanitario de la distribución, transporte y comercialización de alimentos y de los establecimientos gastronómicos;

d) La garantía mediante una tecnología de señalización de medicamentos, su identificación en cualquier parte de la cadena de distribución, desde la producción hasta el consumidor final con el objetivo de evitar la falsificación, adulteración, vencimiento y contrabando. Las entidades territoriales exigirán tanto a distribuidores como a productores que todos los medicamentos que se comercialicen en su jurisdicción cumplan con estos requisitos.

Parágrafo 1°. El Invima, podrá delegar algunas de estas funciones en las entidades territoriales.

Parágrafo 2°. El Invima podrá contratar, cuando sea necesario, algunas funciones del presente artículo. Esta contratación deberá hacerse con entidades de reconocido prestigio, técnico y científico, dándoles prioridad a entidades públicas del orden territorial y/o nacional.³⁶

El texto aprobado por las Comisiones Séptimas conjuntas de Cámara y Senado en materia de facultades del INVIMA fue el siguiente:

Artículo 37. Supervisión en algunas áreas de Salud Pública. Corresponde al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, como autoridad sanitaria nacional, además de las dispuestas en otras disposiciones legales, las siguientes:

a) La evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos;

b) La competencia exclusiva de la inspección, vigilancia y control de la producción y procesamiento de alimentos, de las plantas de beneficio de animales, de los centros de acopio de leche y de las plantas de procesamiento de leche y sus derivados;

d) La garantía mediante una tecnología de señalización de medicamentos, su identificación en cualquier parte de la cadena de distribución, desde la producción hasta el consumidor final con el objetivo de evitar la falsificación, adulteración, vencimiento y contrabando. Las entidades territoriales exigirán tanto a distribuidores como a productores que todos los medicamentos que se comercialicen en su jurisdicción cumplan con estos requisitos.

Parágrafo 1°. El Invima, podrá delegar algunas de estas funciones en las entidades territoriales.

Parágrafo 2°. El Invima podrá contratar, cuando sea necesario, algunas funciones del presente artículo. Esta contratación deberá hacerse con entidades de reconocido prestigio, técnico y científico, dándole prioridad a entidades públicas del orden territorial y/o nacional.37. (negrillas agregadas).

Ahora bien, la votación del proyecto de ley en la Plenaria de la Cámara, según consta en el texto de la Gaceta del Congreso número 11 de 2007, registró la siguiente votación:

“Dirección de la sesión por la Presidencia (doctor Alfredo Cuello Baute):

Se vota el artículo 2° con la supresión del parágrafo 2°. Se abre el registro para votar.

La Secretaría General informa (doctor Angelino Lizcano Rivera):

Sí, es aprobando el artículo 37, sin el parágrafo 2°.

La Secretaría General informa (doctora Flor Marina Daza Ramírez):

Eduardo Benítez sí

Edgar Gómez Román sí

Fabiola Olaya sí.

La Secretaría General informa (doctor Jesús Alfonso Rodríguez Camargo):

Han votado por el sí, manualmente, Eduardo Benítez, Edgar Gómez Román, Fabiola Olaya.

Julián Silva vota sí.

Dirección de la sesión por la Presidencia (doctor Alfredo Cuello Baute):

Cierre el registro Secretario y certifique la votación.

La Secretaría General informa (doctor Angelino Lizcano Rivera):

Señor Presidente, por el sí, 88 votos.

Por el no, ningún voto.

Ha sido aprobado el artículo 37 sin el parágrafo 2°. La Secretaría certifica que este artículo fue aprobado con mayorías absolutas. (negrillas y subrayados agregados).

De manera semejante en el texto del “INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY 02 DE 2006 CÁMARA, 040 DE 2006 SENADO”, se propuso el siguiente artículo referente a las competencias del INVIMA:

Artículo 37. Supervisión en algunas áreas de salud pública. Corresponde al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, como autoridad sanitaria nacional, además de las dispuestas en otras disposiciones legales, las siguientes:

- a) La evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos;
- b) La competencia exclusiva de la inspección, vigilancia y control de la producción y procesamiento de alimentos, de las plantas de beneficio de animales, de los centros de acopio de leche y de las plantas de procesamiento de leche y sus derivados;
- c) La competencia exclusiva de la inspección, vigilancia y control sanitario de la importación y exportación de alimentos y materias primas para la producción de los mismos, en puertos, aeropuertos y pasos fronterizos. Corresponde a los departamentos, distritos y a los municipios de categorías 1ª, 2ª, 3ª y especial, la vigilancia y control sanitario de la distribución, transporte y comercialización de alimentos y de los establecimientos gastronómicos;
- d) La garantía mediante una tecnología de señalización de medicamentos, su identificación en cualquier parte de la cadena de distribución, desde la producción hasta el consumidor final con el objetivo de evitar la falsificación, adulteración, vencimiento y contrabando. Las entidades territoriales exigirán tanto a distribuidores como a productores que todos los medicamentos que se comercialicen en su jurisdicción cumplan con estos requisitos.

Parágrafo 1°. El Invima, podrá delegar algunas de estas funciones en las entidades territoriales.

Parágrafo 2°. El Invima podrá contratar, cuando sea necesario, algunas funciones del presente artículo. Esta contratación deberá hacerse con entidades de reconocido prestigio, técnico y científico, dándole prioridad a entidades públicas del orden territorial y/o nacional³⁸

Posteriormente, según consta en la Gaceta del Congreso núm. 61 de 2007, pag. 31, el artículo 37 fue sometido a la siguiente votación en la Plenaria del Senado:

Por Secretaría se da lectura a los artículos que se van a votar en bloque:

Señor Presidente, los artículos del bloque del articulado son el 1°, el 4°, el 5°, el 6°, el 7°, el 8°, el 9°, el 10, el 11, 14, 19, 22, 23, 25, 26, 28, 29, 30 que es un artículo de ley orgánica, 32, 33, 34, 37 otro artículo de ley orgánica, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49 y 50 son los artículos para votar en bloque, señor Presidente.

La Presidencia somete a consideración de la plenaria el articulado del proyecto leído por el Secretario, y cerrada su discusión pregunta: ¿Adopta la plenaria el articulado propuesto? Y esta responde afirmativamente.

Deja constancia de su voto negativo a la aprobación del articulado, la bancada del Partido Polo Democrático.

Por Secretaría se informa que los artículos orgánicos fueron aprobados con el quórum constitucional, y la abstención de voto de los honorables Senadores: David Char Navas e Iván Díaz Matéus, artículo que tenga que ver con IPS, Alejandra Moreno Piraquive, Manuel Antonio Virguez Piraquive, Piedad Zuccardi de García, Arturo Char Chaljub y Alfonso Núñez Lapeira en

los artículos 28 y 39. (negritas y subrayados agregados).

El anterior examen de los antecedentes de la Ley 1122 de 2007 evidencian pues que el actual artículo 34 fue aprobado por la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras, con lo cual el cargo de inconstitucionalidad por violación de la reserva de ley no está llamado a prosperar.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el literal a) del artículo 34 de la ley 1122 de 2007, y la expresión “exclusiva”, de los literales b) y c) del mencionado artículo, por no violar la reserva de ley orgánica.

7.2. Segundo cargo de inconstitucionalidad. Violación al principio de autonomía de las entidades territoriales.

El demandante sostiene que las disposiciones acusadas vulneran el principio de autonomía de las entidades territoriales por cuanto le suprimen por completo a las entidades territoriales sus competencias en materia de inspección, vigilancia y control de alimentos. La Corte no comparte tal argumentación por cuanto, como se explicó, el legislador orgánico se limitó a reoperar una redistribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, medida que tampoco puede ser estimada arbitraria, por las siguientes razones.

El literal a) del artículo 34 de la Ley 1122 de 2007 atribuye al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, en tanto que autoridad sanitaria nacional, la función de evaluar los factores de riesgo y la expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos. De igual manera, los literales b) y c) le atribuyen competencia “exclusiva” a la mencionada entidad en materia de inspección, vigilancia y control de (i) la producción y procesamiento de alimentos; (ii) de las plantas de beneficio de animales; (iii) de los centros de acopio de leche y de las plantas de procesamiento de leche y sus derivados así como del transporte asociado a estas actividades; y (iv) en la inocuidad en la importación y exportación de alimentos y materias primas para la producción de los mismos, en puertos, aeropuertos y pasos fronterizos, sin perjuicio de las competencias que por ley le corresponden al Instituto Colombiano Agropecuario, ICA. De igual manera, le atribuye competencia a los Departamentos, Distritos y a los Municipios de categorías 1ª 2ª, 3ª y especial, la vigilancia y control sanitario de la distribución y comercialización de alimentos y de los establecimientos gastronómicos, así como, del transporte asociado a dichas actividades, exceptuándose al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por tener régimen especial.

Sea lo primero decir que las normas acusadas se encuentran ubicadas en el Capítulo VI, bajo la rúbrica “Salud Pública” de la Ley 1122 de 2007, entendida ésta como un conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país. Tales acciones se realizarán bajo la rectoría del Estado y deberán promover la participación responsable de todos los sectores de la comunidad, en los términos del artículo 32 de la citada ley.

De igual manera, a efectos de comprender el sentido de las normas acusadas es preciso

tener en cuenta que mediante la Ley 100 de 1993 se creó el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de la Protección Social, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, cuyo objeto es la ejecución de la política pública en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de alimentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos quirúrgicos, odontológicos, productos homeopáticos y otros que puedan tener impacto en la salud pública.

En este orden de ideas, las competencias que le fueron atribuidas al INVIMA por las normas legales acusadas se articulan con los fines para los cuales fue creada dicha institución estatal, dentro del marco del ejercicio de labores de policía administrativa.

En efecto, el literal a) del artículo 34 de la Ley 1122 de 2007 faculta al INVIMA a, una vez evaluados los factores de riesgo, expedir las correspondientes medidas sanitarias, es decir, actos administrativos de carácter general. A su vez, los literales b) y c) le otorgan al INVIMA determinadas competencias exclusivas de inspección, vigilancia y control sobre algunas de las etapas que conforman el proceso de producción y distribución de alimentos en Colombia. Como lo explica el mismo INVIMA en su intervención, el Instituto sólo asume algunas competencias, quedando otras en cabeza de las entidades territoriales. Gráficamente, el reparto competencial es el siguiente:

Etapas.

Produ

cción

Procesa

miento

relacionado

con

la

producción

y

procesamiento

Distribución

Comercializa

ción

Transporte

relacionado
con la
distribución
y
comercialización
del producto.

INVIMA

x

x

x

Entidades territo-riales

X

X

X

Como se observa, a las entidades territoriales no se les están suprimiendo todas sus competencias en materia de inspección, vigilancia y control de alimentos. Por el contrario, el legislador operó una de distribución de competencias, quedando entonces la entidades territoriales encargadas de realizar tales labores en lo atinente a la cadena de distribución y comercialización de los alimentos y del transporte asociado a esas actividades, en tanto que al INVIMA se le asigna otra parte de la cadena, como lo es aquella de la producción y procesamiento de alimentos y del transporte asignado a esas actividades. En otras palabras, el artículo 34 de la Ley 1122 de 2007 estableció un nuevo modelo de inspección, vigilancia y control en materia de alimentos en Colombia.

Aunado a lo anterior, el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES en documento núm. 3375 de 2005 adelantó un examen de las deficiencias que presentaba el sistema de medidas sanitarias y fitosanitarias, el cual evidenció (i) la falta de coordinación intersectorial entre los diversos ministerios y entidades nacionales que constituyen el sistema; (ii) desarticulación intersectorial; (iii) problemas de definición de competencias claras entre la Nación y las entidades territoriales en la materia; (iv) reparto inadecuado de

competencias entre estas mismas, lo cual genera inseguridad en la aplicación de políticas sanitarias efectivas.

El anterior estado de cosas, a juicio del CONPES, conducía, a su vez, a no contar con un estatus sanitario único en Colombia, no existiendo por tanto una autoridad administrativa sanitaria única del orden nacional, especializada y técnica, cuya labor elevase los niveles de confiabilidad internacional en materia de alimentos producidos en el país.

Así las cosas, la defensa de la salubridad pública y la generación de confianza en los productos nacionales en el contexto del comercio internacional, justifica la redistribución de competencias en materia sanitaria y el fortalecimiento del INVIMA.

Así las cosas, la Corte declarará exequible el literal a) del artículo 34 de la ley 1122 de 2007, y la expresión “exclusiva”, de los literales b) y c) del mencionado artículo, por no violar el artículo 287 Superior.

7.3. Tercer cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 34 (parcial) de la Ley 1122 de 2007. Violación del artículo 209 Superior.

El demandante alega que las disposiciones acusadas del artículo 34 de la Ley 1122 de 2007 termina por desconocer el artículo 209 Superior, por cuanto al dejar en cabeza del INVIMA de manera exclusiva la actividad de inspección, vigilancia y control en materia de alimentos, así como la evaluación de factores de riesgo y expedición de medidas sanitarias relacionadas con alimentos y materias primas para la fabricación de los mismos, se atenta contra los principios que orientan la función administrativa, por cuanto “el INVIMA es un establecimiento público centralizado...que no tiene delegadas, ni personal suficiente para ejercer dentro de los términos del artículo 209 de la Carta Política esta actividad de control”. No comparte la Corte las anteriores argumentaciones, por las razones que pasan a explicarse.

Como se ha explicado, la Corte en sentencia C- 649 de 2002, cuando se formulan demandas contra una ley por desconocimiento de los principios de la función administrativa se le exige al ciudadano “una carga argumentativa mayor, pues debe demostrarse que el diseño de la política o de los mecanismos legales no guarda relación con las previsiones del artículo 209 de la Carta. No le corresponde a la Corte determinar cuál es la mejor forma de regulación normativa, sino únicamente establecer si la que fue adoptada contraviene o no los preceptos constitucionales”. En el presente caso, por el contrario, el ciudadano se limita a afirmar que, dado que el INVIMA es un establecimiento público del orden nacional, no va a contar con los suficientes medios para asumir las nuevas competencias asignadas en las normas acusadas. La anterior afirmación, como se explicó, carece de sustento por cuanto no sólo el INVIMA no asumió por completo todas las competencias de inspección, vigilancia y control que alega el demandante, sino que el Instituto aportó al expediente numerosas pruebas encaminadas a demostrar que se han adoptado las medidas administrativas y presupuestales necesarias para asumir las nuevas competencias. Dentro de las anteriores, destacan la creación de diversos Grupos de Trabajo distribuidos en ocho (8) zonas geográficas del país; la ampliación de la planta de personal en 286 cargos temporales, así como la suscripción de convenios de cooperación. De allí que la Corte considere que, si bien no le corresponde determinar en sede de control abstracto de constitucionalidad, la idoneidad o suficiencia de tales medidas,

también lo es que el demandante no logró probar que con la adopción de las normas legales se hubiesen desconocido los principios consagrados en el artículo 209 Superior.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el literal a) del artículo 34 de la ley 1122 de 2007, y la expresión “exclusiva”, de los literales b) y c) del mencionado artículo, por no violar el artículo 209 Superior.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar exequible el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, por los cargos analizados, en el entendido que si transcurrido el plazo establecido en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo para responder peticiones se entenderá que se ha concedido la autorización.

Segundo.-Declarar exequibles, el literal a) del artículo 34 de la Ley 1122 de 2007, y la expresión “exclusiva” de los literales b) y c) del mismo artículo, por los cargos analizados.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA Magistrado

CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

IMPEDIMENTO ACEPTADO

MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA C-1042 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

LEY ORGANICA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL-Distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales (salvamento parcial de voto)

LEY ORGANICA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL-Posibilidad de que la distribución de competencias se haga por diversas leyes (Salvamento parcial de voto)

LEY ORGANICA-Necesaria para modificar competencias. (Salvamento parcial de voto)

AUTONOMIA TERRITORIAL PARA CONTRATAR CON INSTITUCIONES PARTICULARES LOS SERVICIOS DE SALUD PARA LA POBLACION MAS POBRE NO ASEGURADA-Afectación por competencia asignada al Ministerio de la Protección Social para emitir autorización previa (Salvamento parcial de voto)

LEY ORGANICA-Requisitos/LEY ORGANICA-Mayoría especial en trámite (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente: D-6762

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1122 de 2007, artículos 20 (parcial), 34 literales a), b) y c)

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias adoptadas por esta Corporación, me permito presentar salvamento de voto frente a este fallo, de conformidad con las razones y consideraciones que a continuación paso a exponer:

1. En primer término, para el suscrito magistrado la ley orgánica de ordenamiento territorial no es una ley única, sino que puede haber diversas leyes que adopten pautas para que el Congreso distribuya las competencias entre la Nación y las entidades territoriales (art. 288 C.P.).

Así mismo, considero que la ley orgánica de ordenamiento territorial debe condensar los dos aspectos de la autonomía que se basan esencialmente en competencias y recursos. Debo señalar que el principio de subsidiariedad distingue entre órganos de base, intermedios y superiores, donde cada nivel tiene competencias propias. En este caso, la prioridad la tiene el nivel local y sólo cuando no está en condiciones de asumirlo lo hacen los demás niveles de manera sucesiva.

En mi concepto, aunque una ley puede establecer criterios generales de distribución en materia de competencias, no se puede sostener que haya una ley sólo de principios generales, pues éstas corresponderían a las denominadas leyes marco, cuyo ámbito de regulación es más reducido. En el caso de las leyes orgánicas, considero que regulan todo sobre la materia, sin que puedan dejarse temas que se regulen mediante una ley ordinaria. En este sentido, sostengo que toda modificación de competencias requiere de una ley orgánica.

2. En armonía con lo anterior, considero que el artículo 20 de la Ley 1122 del 2007 regula un tema de distribución de competencias que se asignan a una institución que ya existía. A este respecto, es de advertir que la autonomía implica que no se requiere de autorizaciones para actuar y no que se es libre cuando no se puede actuar sin tener dicha autorización pues esto generaría una consecuencia sancionatoria. Por eso, en principio, la posibilidad que consagra el artículo en mención, en cuanto a la negativa de la autorización del Ministerio de la Protección Social para conceder la autorización con el fin de contratar la prestación del servicio de salud, afecta esta autonomía y por ende, es inconstitucional.

3. De otra parte, debo observar que el artículo 34 de la Ley 1122 del 2007 es contradictorio, pues señala que la competencia de INVIMA es exclusiva y luego deja a salvo las atribuciones del ICA en la misma materia.

4. Adicionalmente, el suscrito magistrado advierte que en la sentencia se elude el tema de la falta de concordancia entre el título y el contenido de la ley. A mi juicio, lo que determina la naturaleza de la ley es la materia que regula, como ocurre en este caso con el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, que a pesar de ser un tema de ley orgánica no fue aprobado con una mayoría especial. Respecto de este tema, debo mencionar como ejemplo, que en el caso de la conformación de las entidades territoriales indígenas (art. 329 C.P.), ésta no se puede hacer sin la ley orgánica de ordenamiento territorial.

Por las razones expuestas, salvo mi voto a la presente sentencia.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Sentencia C- 152 de 2003.

2 Sobre el tema puede ser consultada la siguiente obra: María Asunción García Martínez, El procedimiento legislativo, Madrid, 1990.

3 Pues bien, en esa misma de línea de argumentación, es decir, en el sentido de que la ley orgánica está llamada a precisar postulados constitucionales, encontramos que, desde un punto de vista dogmático, Garrorena Morales entiende igualmente que, en su acepción más genérica, como leyes orgánicas han sido designadas aquellas que constituyen una "inmediata aplicación del texto constitucional", esto es, leyes materialmente relevantes,

cuyos preceptos desarrollan la Constitución misma. De hecho, desde una aproximación histórica, el recurso a las leyes orgánicas ha sido visto como un instrumento encaminado a evitar que el texto constitucional sea constantemente reformado; precisamente, en el entendido de que la Carta Política debe limitarse a plasmar unos principios fundamentales, unos acuerdos políticos esenciales con convocación de permanencia, sobre los cuales se estructuran las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, dejando al legislador orgánico la tarea de desarrollarlos, en función de situaciones meramente contingentes. En igual sentido, cabe señalar que se han presentado posturas diversas, desde un punto de vista formal, en cuanto a las leyes orgánicas. Así, en algunas ocasiones, como sucedió con la legislación adoptada durante los años inmediatamente posteriores a la Revolución Francesa, las leyes orgánicas, si bien referían a contenidos dogmáticos esenciales, se tramitaban y aprobaban del mismo modo que una ley ordinaria. Por el contrario, la Asamblea Constituyente de 1848, luego de elaborar la Carta Política, procedió a adoptar las respectivas leyes orgánicas. De manera semejante, el proyecto de Texto Fundamental presentado a las Cortes Constituyentes españolas en 1855, iba acompañado por una lista de siete leyes orgánicas, las cuales formarían parte de la Constitución, siendo verdaderas leyes constitucionales, cuyo procedimiento de reforma era rígido. En este orden de ideas, mediante la adopción de leyes orgánicas, en el constitucionalismo decimonónico, se persiguieron diferentes fines tales como diseñar una técnica encaminada a desconstitucionalizar todos aquellos temas considerados accesorios, coyunturales o mudables; o bien, en términos de mecanismo destinado a brindarle una cierta rigidez o protección reforzada, a determinados contenidos, acordándoles un rango supralegal. De allí que siempre fueron asimiladas o bien a la Constitución misma o a las leyes ordinarias, pero nunca como una categoría normativa distinta o diferencia de aquéllas. Ver al respecto, A. Garrorena Morales, "Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica", Revista de Estudios Políticos, núm. 13, 1980, pp. 173 a 181

4 J. Pardo Falcón, El Consejo Constitucional francés, Madrid, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 164.

5 Sentencia C- 191 de 1998.

6 Sentencia C- 774 de 2001.

7 Sentencia C- 600^a de 1995.

8 Sentencia C- 579 de 2001.

9 Sentencia C- 600^a de 1995.

10 Gaceta del Congreso núm. 249 del 26 de julio de 2006.

11 Gaceta del Congreso núm. 485 del 26 de octubre de 2006.

12 Gaceta del Congreso núm. 485 de 2006.

13 Gaceta del Congreso núm. 562 del 11 de noviembre de 2006.

14 Gaceta del Congreso núm. 563 del 23 de noviembre de 2006.

- 15 Sentencia C- 579 de 2001.
- 16 Entre muchas otras, ver las sentencias C-535 de 1996, C-219 de 1997, C-579 de 2001 y C-1258 de 2001.
- 17 Sentencia C-219 de 1997.
- 18 Sentencia C-535 de 1996.
- 19 Sentencia C- 535 de 1996.
- 20 Sentencia C-1258 de 2001.
- 21 Sentencia C-1258 de 2001.
- 22 Díez, Manuel María, El Acto Administrativo, 2da edic., 1961.
- 23 Sentencia C- 1191 de 2001.
- 24 Ver sentencia C-338 de 1997. Consideración Tercera. En el mismo sentido, ver sentencia C-256 de 1998.
- 25 Sentencia C- 1191 de 2001.
- 26 Sentencias C- 431 de 2000, C- 795 de 2000 y C- 051 de 2001.
- 27 Ramón Parada, Derecho Administrativo, Tomo III, Bienes Públicos y Derecho Urbanístico, Barcelona, 2000, p. 537.
- 28 Ver al respecto sentencia T- 394 de 1997.
- 30 *Ibíd.*
- 31 Ver, entre otras, sentencia C-479 de 1992; T-074 de 1993; T-05 de 1995; y T-716 de 1996.
- 32 Sentencia T- 56 de 1994.
- 33 Sentencia T-56 de 1994.
- 34 Sentencia T- 687 de 1999.
- 35 Sentencia T-115 de 1995.
- 36 Gaceta del Congreso núm. 485 de 2006.
- 37 Gaceta del Congreso núm. 562 del 11 de noviembre de 2006.
- 38 Gaceta del Congreso núm. 563 del 23 de noviembre de 2006.