

Sentencia C-791/11

REFORMA AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-No requiere de trámite de ley estatutaria

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Jurisprudencia constitucional/LEGISLADOR ORDINARIO Y LEGISLADOR ESTATUTARIO-Distribución de competencias

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN MATERIA DE DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES-Jurisprudencia constitucional/LEY ESTATUTARIA-Criterios para determinación de materias reservadas

DERECHOS FUNDAMENTALES-Criterios para determinar cuándo requiere de ley estatutaria

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

SALUD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL-Carácter polivalente/SALUD-Doble caracterización en la Constitución Política

En el ordenamiento constitucional colombiano existen numerosas referencias a la salud, empero es el artículo 49 el que le da la doble caracterización de la cual debe partir el análisis de constitucionalidad de la disposición acusada, pues por una parte señala que se trata de un servicio público a cargo del Estado y acto seguido garantiza a los ciudadanos el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

DERECHO A ACCEDER A PRESTACIONES EN MATERIA DE SALUD Y EL CARACTER DE LA SALUD

COMO SERVICIO PUBLICO A CARGO DEL ESTADO-Interrelación/SALUD COMO DERECHO PRESTACIONAL, SERVICIO PUBLICO DE ATENCION DE LA SALUD Y CONTENIDOS AXIOLOGICOS DE LA CONSTITUCION-Relación

CONSTITUCION ECONOMICA Y REGIMEN DE SERVICIOS PUBLICOS-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA SALUD-Naturaleza

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN MATERIA DE REGULACION DEL DERECHO A LA SALUD- Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA SALUD-En su dimensión prestacional, requiere de configuración legal

Referencia: expediente D-8483

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

Actor:

Jaime León Gañán Ruiz

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D. C., veinte (20) de octubre de dos mil once (2011)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites 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 Jaime León Gañán Ruiz solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1438 de 2011.

Mediante auto de once (11) de abril de 2011 el Magistrado Sustanciador admitió la demanda presentada, en la misma providencia ordenó su fijación en lista en la Secretaría General de esta Corporación y decidió comunicar la iniciación de este proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República, al Ministro de la Protección Social, al Ministro del Interior y de Justicia, para que dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, se pronunciaran indicando las razones que, en su criterio, justifican la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto demandado. En la misma providencia invitó al Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, a las facultades de derecho de la Universidad ICESI, de la Universidad Nacional, de la Universidad del Rosario; a la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral ACEMI, al Colegio Médico Colombiano y a la Defensoría del Pueblo para que, de estimarlo conveniente, intervinieran en el proceso. Por último, ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación para que emitiera el concepto correspondiente.

Dentro del término de fijación en lista fueron allegados al expediente los escritos de intervención presentados por los ciudadanos: (1) Sergio Robledo Riaga; (2) Nohora Maritza Riaga de Robledo; (3) Orlando Loaiza Ramírez; (4) Esteban Zárate Durier; (5) Luis Fernando Muñoz Ramírez; (6) Aylardo Gonzáles Gálvez; (7) Lenny María Patiño Gallego; (8) Álvaro Jiménez Millán, Julián Álvarez Ruiz y Adriana Cortés García; (9) Juan Manuel Charry Urueña; (10) Juan Guillermo Sánchez Gallego, Emma Macana; (11) los ciudadanos de la Organización Voz y Voto por tus derechos. Vencido el término de fijación en lista fueron presentados los escritos presentados por los ciudadanos: (1) Juan Manuel Díaz Granados Ortiz; (2) María Emilse Gómez; (3) Josefina Valencia; (4) Ever Funieles; (5) Luz Dary Aristizabal; (6) Luis Carlos Naranjo; (7) José Fernando Vélez Londoño; (8) Victoria Uribe; (9) Walter Gallego; (10) Elizabeth Moreno Ibarra; (11) Luz Elena Ibarra de Moscoso; (12) Pedro Chaverra; (13) Martín Eleazar Villa Quintero; (14) Eustagio López Garcés; (15) Fabio Henao; (16) Sara Fernández; (17) Hernando Jaramillo; (18) Elsy Godoy López; (19) Yadira Borrero; (20) Mónica Sierra; (21) Jorge Andrés Illera Cajiao, Luz Amparo Rodríguez, Diana Marcela Peñaranda, Tania Vanesa Eslava, Juan Fernando Arenas, Juan Camilo Acosta, Esperanza Morales Correa. El primero (01)

de junio de dos mil once (2011) fue radicado en la Secretaria General de esta Corporación el concepto emitido por el Procurador General de la Nación.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales correspondientes, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

1. Disposición demandada.

LEY 1438 DE 2011

(enero 19)

Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

TÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. Esta ley tiene como objeto el fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país.

Se incluyen disposiciones para establecer la unificación del Plan de Beneficios para todos los residentes, la universalidad del aseguramiento y la garantía de portabilidad o prestación de

los beneficios en cualquier lugar del país, en un marco de sostenibilidad financiera.

ARTÍCULO 2o. ORIENTACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud estará orientado a generar condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud. Para esto concurrirán acciones de salud pública, promoción de la salud, prevención de la enfermedad y demás prestaciones que, en el marco de una estrategia de Atención Primaria en Salud, sean necesarias para promover de manera constante la salud de la población. Para lograr este propósito, se unificará el Plan de Beneficios para todos los residentes, se garantizará la universalidad del aseguramiento, la portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país y se preservará la sostenibilidad financiera del Sistema, entre otros.

Para dar cumplimiento a lo anterior, el Gobierno Nacional definirá metas e indicadores de resultados en salud que incluyan a todos los niveles de gobierno, instituciones públicas y privadas y demás actores que participan dentro del sistema. Estos indicadores estarán basados en criterios técnicos, que como mínimo incluirán:

2.1 Prevalencia e incidencia en morbilidad y mortalidad materna perinatal e infantil.

2.2 Incidencia de enfermedades de interés en salud pública.

2.3 Incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y en general las precursoras de eventos de alto costo.

2.4 Incidencia de enfermedades prevalentes transmisibles incluyendo las inmunoprevenibles.

2.5 Acceso efectivo a los servicios de salud.

Cada cuatro (4) años el Gobierno Nacional hará una evaluación integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud con base en estos indicadores. Cuando esta evaluación muestre que los resultados en salud deficientes, el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud evaluarán y determinarán las medidas a seguir.

ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Modificase el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente texto: “Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

3.1 Universalidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida.

3.2 Solidaridad. Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en Salud, entre las personas.

3.3 Igualdad. El acceso a la Seguridad Social en Salud se garantiza sin discriminación a las personas residentes en el territorio colombiano, por razones de cultura, sexo, raza, origen nacional, orientación sexual, religión, edad o capacidad económica, sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños.

3.5 Prevalencia de derechos. Es obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud, cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva, a los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral. La prestación de estos servicios corresponderá con los ciclos vitales formulados en esta ley, dentro del Plan de Beneficios.

3.6 Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, condición de discapacidad y víctimas de la violencia para las cuales el Sistema General de Seguridad Social en Salud ofrecerá especiales garantías y esfuerzos encaminados a la eliminación de las situaciones de discriminación y marginación.

3.7 Equidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud debe garantizar el acceso al Plan de Beneficios a los afiliados, independientemente de su capacidad de pago y condiciones particulares, evitando que prestaciones individuales no pertinentes de acuerdo con criterios técnicos y científicos pongan en riesgo los recursos necesarios para la atención del resto de la población.

3.8 Calidad. Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada.

3.9 Eficiencia. Es la óptima relación entre los recursos disponibles para obtener los mejores resultados en salud y calidad de vida de la población.

3.10 Participación social. Es la intervención de la comunidad en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en conjunto.

3.11 Progresividad. Es la gradualidad en la actualización de las prestaciones incluidas en el Plan de Beneficios.

3.12 Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.

3.13 Sostenibilidad. Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo.

3.14 Transparencia. Las condiciones de prestación de los servicios, la relación entre los distintos actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y la definición de políticas en materia de salud, deberán ser públicas, claras y visibles.

3.15 Descentralización administrativa. En la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud la gestión será descentralizada y de ella harán parte las direcciones territoriales de salud.

3.16 Complementariedad y concurrencia. Se propiciará que los actores del sistema en los distintos niveles territoriales se complementen con acciones y recursos en el logro de los fines del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.17 Corresponsabilidad. Toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y colaboración. Las instituciones públicas y privadas promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio.

318 Irrenunciabilidad. El derecho a la Seguridad Social en Salud es irrenunciable, no puede renunciarse a él ni total ni parcialmente.

3.19 Intersectorialidad. Es la acción conjunta y coordinada de los diferentes sectores y organizaciones que de manera directa o indirecta, en forma integrada y continua, afectan los determinantes y el estado de salud de la población.

3.20 Prevención. Es el enfoque de precaución que se aplica a la gestión del riesgo, a la evaluación de los procedimientos y la prestación de los servicios de salud.

3.21 Continuidad. Toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad.

ARTÍCULO 4o. RECTORÍA DEL SECTOR SALUD. La dirección, orientación y conducción del Sector Salud estará en cabeza del Ministerio de la Protección Social, como órgano rector de dicho sector.

ARTÍCULO 5o. COMPETENCIAS DE LOS DISTINTOS NIVELES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Adicionar al artículo 42 de la Ley 715 de 2001 los siguientes numerales:

42.22. Aprobar los Planes Bienales de Inversiones Públicas, para la prestación de los servicios de salud, de los departamentos y distritos, en los términos que determine el Ministerio de la Protección Social, de acuerdo con la política de prestación de servicios de salud.

42.23. Diseñar indicadores para medir logros en salud, determinar la metodología para su aplicación, así como la distribución de recursos de conformidad con estos, cuando la ley así lo autorice. Los indicadores deberán medir los logros del Sistema General de Seguridad Social en Salud, frente a todos los actores del sistema.

Modificar los siguientes numerales del artículo 43 y 44, de la Ley 715 del 2001, así:

43.2.7. Avalar los Planes Bienales de Inversiones Públicas en Salud, de los municipios de su jurisdicción, en los términos que defina el Ministerio de la Protección Social, de acuerdo con la política de prestación de servicios de salud, cuyo consolidado constituye el Plan Bienal de Inversiones Públicas Departamentales.

43.3.4. Formular y ejecutar el Plan de Intervenciones Colectivas departamentales.

43.3.9. Asistir técnicamente y supervisar a los municipios, en la prestación del Plan de Intervenciones Colectivas, y las acciones de salud pública individuales que se realicen en su jurisdicción. El Ministerio de la Protección Social reglamentará el proceso de asistencia técnica, con recursos financieros, tecnológicos, humanos, gestión de procesos y resultados esperados.

43.4.3. Cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable.

44.3.1. Adoptar, implementar y adaptar las políticas y planes en salud pública de conformidad con las disposiciones del orden nacional y departamental, así como formular, ejecutar y evaluar, los planes de intervenciones colectivas.

Adicionar al artículo 43 y 44 de la Ley 715 de 2001 los siguientes numerales:

43.3.10. Coordinar y controlar la organización y operación de los servicios de salud bajo la estrategia de la Atención Primaria en Salud a nivel departamental y distrital.

44.3.7. Coordinar y controlar la organización y operación de los servicios de salud bajo la estrategia de la Atención Primaria en Salud a nivel municipal.

TÍTULO II.

SALUD PÚBLICA, PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN Y ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD.

CAPÍTULO I.

SALUD PÚBLICA.

ARTÍCULO 6o. PLAN DECENAL PARA LA SALUD PÚBLICA. El Ministerio de la Protección Social elaborará un Plan Decenal de Salud Pública a través de un proceso amplio de participación social y en el marco de la estrategia de atención primaria en salud, en el cual deben confluir las políticas sectoriales para mejorar el estado de salud de la población, incluyendo la salud mental, garantizando que el proceso de participación social sea eficaz, mediante la promoción de la capacitación de la ciudadanía y de las organizaciones sociales.

El Plan definirá los objetivos, las metas, las acciones, los recursos, los responsables sectoriales, los indicadores de seguimiento, y los mecanismos de evaluación del Plan.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El primer Plan Decenal deberá ponerse en vigencia en el año 2012.

ARTÍCULO 7o. COORDINACIÓN INTERSECTORIAL. Para el desarrollo del Plan Decenal de Salud en el marco de la estrategia de atención primaria, concurrirán todas las instancias que hacen parte del Sistema de Protección Social y otros actores, quienes ejecutarán tareas para la intervención sobre los determinantes en salud, en forma coordinada, bajo las directrices, criterios y mecanismos del Consejo Nacional de Política Social (CONPES) y del Ministerio de la Protección Social.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de coordinación créese una Comisión Intersectorial de Salud Pública que se reunirá cada seis (6) meses para hacer seguimiento a las acciones para el manejo de determinantes en salud, la cual informará al CONPES.

PARÁGRAFO 2o. A nivel de las entidades territoriales esta coordinación se realizará a través de los Consejos Territoriales de Seguridad Social en salud con la participación de las instituciones y organizaciones comprometidas con los determinantes en salud.

ARTÍCULO 8o. OBSERVATORIO NACIONAL DE SALUD. El Ministerio de la Protección Social creará el Observatorio Nacional de Salud, como una dependencia del Instituto Nacional de Salud. El Gobierno Nacional establecerá mediante reglamento las condiciones de organización y operación del observatorio Nacional de Salud, el equipo técnico y humano para su funcionamiento y apropiará los recursos para su implementación.

ARTÍCULO 9o. FUNCIONES DEL OBSERVATORIO NACIONAL DE SALUD. El Observatorio Nacional de Salud tendrá a su cargo las siguientes funciones:

9.1 El Observatorio Nacional de Salud será el responsable de hacer el monitoreo a los indicadores de salud pública para cada municipio y departamento, y permitirá contar con información desagregada de resultados por Asegurador, Prestador y Ente Territorial. Los resultados y tendencias de impacto alcanzados serán divulgados semestralmente y base para la evaluación de impacto de gestión de resultados de todos los actores del Sistema.

9.2 Realizar el seguimiento a las condiciones de salud de la población colombiana, mediante el análisis de las variables e indicadores que recomienda la práctica sanitaria y la política pública en materia de condiciones de salud y prioridades en investigación y desarrollo en la materia. Dichas variables e indicadores podrán desagregarse por sexo, edad, región, raza y etnia.

9.3 Servir de soporte técnico a las autoridades del país, en materia de análisis de la situación de salud, para la toma de decisiones.

9.4 Realizar directa o indirectamente, evaluaciones periódicas sobre la situación de salud de las regiones de grupos poblacionales especiales, y hacer públicos los resultados.

9.5 Fortalecer el Sistema de Información Epidemiológica, con énfasis en las zonas de frontera.

9.6 Generar espacios de discusión de resultados y construcción de propuestas.

9.7 Formular recomendaciones, propuestas y advertencias de seguimiento al Ministerio de la Protección Social y a la Comisión de Regulación en Salud, o a la entidad que haga sus veces.

9.8 Presentar reportes a las Comisiones Séptimas Conjuntas, de Cámara y Senado, antes de finalizar cada legislatura sobre todas las evaluaciones periódicas que realizaren.

CAPÍTULO II.

ACCIONES DE SALUD PÚBLICA, ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD Y PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN.

ARTÍCULO 10. USO DE LOS RECURSOS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN. El Gobierno Nacional será de responsable de la política de salud pública y de garantizar la ejecución y resultados de las acciones de promoción de la salud y la prevención de la enfermedad como pilares de la estrategia de Atención Primaria en Salud, para lo cual determinará la prioridad en el uso de los recursos que para este fin administren las entidades territoriales y las Entidades Promotoras de Salud.

El Ministerio de la Protección Social y las entidades territoriales establecerán objetivos, metas, indicadores de seguimiento sobre resultados e impactos en la salud pública de las actividades de promoción de salud y la prevención de la enfermedad.

PARÁGRAFO. Lo anterior no excluye la corresponsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud, soportadas por el perfil epidemiológico y desviación del costo.

ARTÍCULO 11. CONTRATACIÓN DE LAS ACCIONES DE SALUD PÚBLICA Y PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN. Las acciones de salud pública y promoción y prevención, serán ejecutadas en el marco de la estrategia de atención primaria en salud, de acuerdo con el Plan Territorial de Salud y se contratarán y ejecutarán de forma articulada. Los recursos de las entidades territoriales a los que se refiere el presente artículo continuarán girándose y manejándose en las Cuentas Maestras de que trata el literal B, del artículo 13 de la Ley 1122 del 2007.

Los gobernadores y alcaldes contratarán las acciones colectivas de salud pública de su competencia con las redes conformadas en el espacio poblacional determinado por el municipio con base en la reglamentación establecida por el Ministerio de la Protección Social, para la prestación de servicios de salud, conforme a la estrategia de Atención Primaria en Salud.

Las redes articuladas por los municipios y la Entidades Promotoras de Salud en los espacios poblacionales para la prestación de servicios de salud, serán habilitadas por las entidades departamentales o distritales competentes, en el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad, de acuerdo con la reglamentación que para tal fin establezca el Ministerio de la Protección Social.

La contratación incluirá la cobertura por grupo etario, metas, resultados, indicadores de impacto y seguimiento que se verificarán con los Registros Individuales de Prestación de Servicios (RIPS).

El Gobierno reglamentará la inclusión de programas de educación en salud y promoción de prácticas saludables desde los primeros años escolares, que estarán orientados a generar una cultura en salud de autocuidado en toda la población.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Hasta tanto se verifiquen las condiciones de habilitación de las

redes, la contratación de las acciones colectivas de salud pública y las de promoción y prevención, continuará ejecutándose de acuerdo con las normas vigentes a la promulgación de la presente ley.

CAPÍTULO III.

ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD.

ARTÍCULO 12. DE LA ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD. Adóptese la Estrategia de Atención Primaria en Salud que estará constituida por tres componentes integrados e interdependientes: los servicios de salud, la acción intersectorial/transectorial por la salud y la participación social, comunitaria y ciudadana.

La Atención Primaria en Salud es la estrategia de coordinación intersectorial que permite la atención integral e integrada, desde la salud pública, la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico, el tratamiento, la rehabilitación del paciente en todos los niveles de complejidad a fin de garantizar un mayor nivel de bienestar en los usuarios, sin perjuicio de las competencias legales de cada uno de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La atención primaria hace uso de métodos, tecnologías y prácticas científicamente fundamentadas y socialmente aceptadas que contribuyen a la equidad, solidaridad y costo efectividad de los servicios de salud.

Para el desarrollo de la atención primaria en salud el Ministerio de la Protección Social deberá definir e implementar herramientas para su uso sistemático como los registros de salud electrónicos en todo el territorio nacional y otros instrumentos técnicos.

ARTÍCULO 13. IMPLEMENTACIÓN DE LA ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD. Para implementar la atención primaria en el Sistema General de Seguridad Social en salud se tendrán en cuenta los siguientes elementos:

13.1 El sistema de Atención Primaria en Salud se regirá por los siguientes principios: universalidad, interculturalidad, igualdad y enfoque diferencial, atención integral e integrada, acción intersectorial por la salud, participación social comunitaria y ciudadanía decisoria y paritaria, calidad, sostenibilidad, eficiencia, transparencia, progresividad e irreversibilidad.

13.2 Énfasis en la promoción de la salud y prevención de la enfermedad.

13.3 Acciones Intersectoriales para impactar los determinantes en salud.

13.4 Cultura del autocuidado.

13.5 Orientación individual, familiar y comunitaria.

13.6 Atención integral, integrada y continua.

13.7 Interculturalidad, que incluye entre otros los elementos de prácticas tradicionales, alternativas y complementarias para la atención en salud.

13.8 Talento humano organizado en equipos multidisciplinarios, motivado, suficiente y cualificado.

13.9 Fortalecimiento de la baja complejidad para mejorar la resolutiveidad.

13.10 Participación activa de la comunidad.

13.11 Enfoque territorial.

ARTÍCULO 14. FORTALECIMIENTO DE LOS SERVICIOS DE BAJA COMPLEJIDAD. El Gobierno Nacional formulará la política de fortalecimiento de los servicios de baja complejidad para mejorar su capacidad resolutive, con el fin de que se puedan resolver las demandas más frecuentes en la atención de la salud de la población.

ARTÍCULO 15. EQUIPOS BÁSICOS DE SALUD. El ente territorial, conforme a la reglamentación del Ministerio de la Protección Social, definirá los requisitos óptimos para habilitar la conformación de los Equipos Básicos de Salud, como un concepto funcional y organizativo que permita facilitar el acceso a los servicios de salud en el marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud. Para la financiación y constitución de estos equipos concurrirán el talento humano y recursos interinstitucionales del sector salud destinados a la salud pública y de otros sectores que participan en la atención de los determinantes en salud.

La constitución de equipos básicos implica la reorganización funcional, capacitación y adecuación progresiva del talento humano. Los equipos básicos deberán ser adaptados a las

necesidades y requerimientos de la población.

ARTÍCULO 16. FUNCIONES DE LOS EQUIPOS BÁSICOS DE SALUD. Los equipos básicos de salud tendrán entre sus funciones las siguientes:

16.1 Realizar el diagnóstico familiar, de acuerdo con la ficha unificada que se defina a nivel nacional.

16.2 Identificación de riesgo individual, familiar y comunitario de los usuarios por edad, sexo, raza y etnia.

16.3 Informar sobre el portafolio de servicios de la protección social en salud a las familias de acuerdo a sus necesidades y a las políticas y reglamentación de dichos servicios.

16.4 Promover la afiliación al sistema, la identificación plena de las familias, de manera que al identificar una persona no afiliada al sistema se inicie el trámite de afiliación para que puedan acceder a los servicios de protección social.

16.5 Inducir la demanda de servicios de los eventos relacionados con las prioridades en salud pública y aquellos que ocasionen un alto impacto en salud pública.

16.6 Facilitar la prestación de los servicios básicos de salud, educación, prevención, tratamiento y rehabilitación.

16.7 Suministrar la información que sirva de insumo para la elaboración de la historia clínica y única obligatoria.

TÍTULO III.

ATENCIÓN PREFERENTE Y DIFERENCIAL PARA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.

ARTÍCULO 17. ATENCIÓN PREFERENTE. El Plan de Beneficios incluirá una parte especial y diferenciada que garantice la efectiva prevención, detección temprana y tratamiento adecuado de enfermedades de los niños, niñas y adolescentes. Se deberá estructurar de acuerdo con los ciclos vitales de nacimiento: prenatal a menores de seis (6) años, de seis (6) a menores de catorce (14) años y de catorce (14) a menores de dieciocho (18) años.

La Comisión de Regulación en Salud o quien haga sus veces definirá y actualizará esta parte especial y diferenciada cada dos años, que contemple prestaciones de servicios de salud para los niños, niñas y adolescentes, garantice la promoción, la efectiva prevención, detección temprana y tratamientos adecuados de enfermedades, atención de emergencias, restablecimiento físico y psicológico de derechos vulnerados y rehabilitación de las habilidades físicas y mentales de los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, teniendo en cuenta sus ciclos vitales, el perfil epidemiológico y la carga de la enfermedad.

ARTÍCULO 18. SERVICIOS Y MEDICAMENTOS PARA LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD Y ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS CERTIFICADAS. Los servicios y medicamentos de la parte especial y diferenciada del Plan de Beneficios para los niños, niñas y adolescentes con discapacidades físicas, sensoriales y cognitivas, enfermedades catastróficas y ruinosas que sean certificadas por el médico tratante, serán gratuitos para los niños, niñas y adolescentes de Sisbén 1 y 2.

ARTÍCULO 19. RESTABLECIMIENTO DE LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CUYOS DERECHOS HAN SIDO VULNERADOS. Los servicios para la rehabilitación física y mental de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia física o sexual y todas las formas de maltrato, que estén certificados por la autoridad competente, serán totalmente gratuitos para las víctimas, sin importar el régimen de afiliación. Serán diseñados e implementados garantizando la atención integral para cada caso, hasta que se certifique médicamente la recuperación de las víctimas.

ARTÍCULO 20. CORRESPONSABILIDAD. El Estado, los padres o representantes legales de los niños, niñas y adolescentes son responsables de su cuidado y de gestionar la atención oportuna e integral a la salud de sus hijos o representados menores, y exigir al Sistema de Seguridad Social en Salud los servicios establecidos en la parte especial y diferenciada del Plan de Beneficios.

El Estado y las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud establecerán los mecanismos legales, administrativos y presupuestales para dar efectivo y oportuno cumplimiento a la parte especial y diferenciada del Plan de Beneficios y de ofrecer oportuna, efectivamente y con calidad los servicios.

ARTÍCULO 21. OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR POSIBLE VULNERACIÓN DE DERECHOS,

MALTRATO O DESCUIDO. Las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud deberán notificar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), a las comisarías de familia o, en su defecto, a los inspectores de policía o a las personerías municipales o distritales, los casos en que pueda existir negligencia de los padres o adultos responsables en la atención de los niños, niñas y adolescentes, y además denunciar ante la Fiscalía General de la Nación cuando detecten indicios de maltratos físicos, psicológicos o violencia sexual.

TÍTULO IV.

ASEGURAMIENTO.

CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 22. PORTABILIDAD NACIONAL. Todas las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud podrán ofrecer los planes de beneficios en los dos regímenes, preservando los atributos de continuidad, longitudinalidad, integralidad, y adscripción individual y familiar a los equipos básicos de salud y redes integradas de servicios.

El acceso a la atención de salud será a través de la cédula de ciudadanía u otro documento de identidad.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Esta disposición entrará en vigencia a más tardar el primero (1o) de junio del 2013.

ARTÍCULO 23. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más tardar el primero de enero de 2013. El Gobierno Nacional contará con seis (6) meses para hacer las revisiones necesarias con base en estudios técnicos sobre el porcentaje máximo señalado en el presente artículo y podría realizar las modificaciones del caso. Hasta tanto no se defina el Régimen Subsidiado seguirá manejando el 8%.

ARTÍCULO 24. REQUISITOS DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones para que las Entidades Promotoras de Salud tengan un número mínimo de afiliados que garantice las escalas necesarias para la gestión del riesgo y cuenten con los márgenes de solvencia, la capacidad financiera, técnica y de calidad para operar de manera adecuada.

ARTÍCULO 25. ACTUALIZACIÓN DEL PLAN DE BENEFICIOS. El Plan de Beneficios deberá actualizarse integralmente una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios.

Las metodologías utilizadas para definición y actualización del Plan de Beneficios deben ser publicadas y explícitas y consultar la opinión, entre otros, de las entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, organizaciones de profesionales de la salud, de los afiliados y las sociedades científicas, o de las organizaciones y entidades que se consideren pertinentes.

El Plan de Beneficios sólo podrá ser actualizado por la autoridad administrativa competente para ello.

PARÁGRAFO. El Plan de Beneficios deberá actualizarse de manera integral antes del primero (1o) de diciembre de 2011.

ARTÍCULO 26. COMITÉ TÉCNICO-CIENTÍFICO DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD. Para

acceder a la provisión de servicios por condiciones particulares, extraordinarios y que se requieren con necesidad, la prescripción del profesional de la salud tratante deberá someterse al Comité Técnico-Científico de la Entidad Promotora de Salud con autonomía de sus miembros, que se pronunciará sobre la insuficiencia de las prestaciones explícitas, la necesidad de la provisión de servicios extraordinarios, en un plazo no superior a dos (2) días calendario desde la solicitud del concepto.

Los Comités Técnicos-Científicos deberán estar integrados o conformados por médicos científicos y tratantes. Bajo ninguna circunstancia el personal administrativo de las Entidades Promotoras de Salud integrará estos comités, así sean médicos.

PARÁGRAFO. La conformación de los Comités Técnico-Científicos debe garantizar la interdisciplinariedad entre los pares especializados del profesional de la salud tratante y la plena autonomía profesional en sus decisiones.

ARTÍCULO 27. CREACIÓN DE LA JUNTA TÉCNICA-CIENTÍFICA DE PARES. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá una lista de médicos especialistas y otros profesionales especializados, para que emitan concepto sobre la pertinencia médica y científica de la prestación ordenada por el profesional de la salud tratante no prevista en el Plan de Beneficios, negada o aceptada por el Comité Técnico-Científico de la Entidad Promotora de Salud; la junta técnica científica de pares tendrá un término de siete (7) días calendario para emitir el concepto respectivo. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá un plazo no mayor a seis (6) meses para la conformación de las Juntas mencionadas en el presente artículo.

PARÁGRAFO. La conformación de la Junta Técnico-Científica debe garantizar la interdisciplinariedad entre los pares especializados del profesional de la salud tratante y la plena autonomía profesional en sus decisiones.

ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.

CAPÍTULO II.

ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO.

ARTÍCULO 29. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Los entes territoriales administrarán el Régimen Subsidiado mediante el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados dentro de su jurisdicción, garantizando el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios.

El Ministerio de la Protección Social girará directamente, a nombre de las Entidades Territoriales, la Unidad de Pago por Capitación a las Entidades Promotoras de Salud, o podrá hacer pagos directos a las Instituciones Prestadoras de Salud con fundamento en el instrumento jurídico definido por el Gobierno Nacional. En todo caso, el Ministerio de la Protección Social podrá realizar el giro directo con base en la información disponible, sin perjuicio de la responsabilidad de las entidades territoriales en el cumplimiento de sus competencias legales. El Ministerio de la Protección Social definirá un plan para la progresiva implementación del giro directo.

La Nación podrá colaborar con los municipios, distritos y departamentos, cuando aplique, con la identificación y registro de los beneficiarios del Régimen Subsidiado.

ARTÍCULO 30. ASEGURAMIENTO EN TERRITORIOS CON POBLACIÓN DISPERSA GEOGRÁFICAMENTE. El Gobierno Nacional definirá los territorios de población dispersa y los mecanismos que permitan mejorar el acceso a los servicios de salud de dichas comunidades y fortalecerá el aseguramiento.

ARTÍCULO 31. MECANISMO DE RECAUDO Y GIRO DE LOS RECURSOS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. El Gobierno Nacional diseñará un sistema de administración de recursos y podrá contratar un mecanismo financiero para recaudar y girar directamente los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud, incluidos los del Sistema General de Participaciones y los recursos de los que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993. En el caso del esfuerzo propio territorial el mecanismo financiero se podrá contratar con el sistema financiero y/o los Institutos de Fomento y Desarrollo Regional (Infis).

Habrà una cuenta individual por cada distrito, municipio y departamento, en las cuales se

registrarán los valores provenientes de los recursos de que trata el inciso anterior, cuyos titulares son las entidades territoriales, las cuales deberán presupuestarlos y ejecutarlos sin situación de fondos. Para estos efectos, se entenderá que las entidades territoriales comprometen el gasto al determinar los beneficiarios de los subsidios y ejecutan la apropiación mediante los giros que realice la Nación de conformidad con la presente ley.

De la cuenta individual se girarán directamente estos recursos a las Entidades Promotoras de Salud y/o a los prestadores de servicios de salud. El giro a las Entidades Promotoras de Salud se realizará mediante el pago de una Unidad de Pago por Capitación, por cada uno de los afiliados que tenga registrados y validados mediante el instrumento definido para tal fin. En el caso de los prestadores de servicios el giro directo de los recursos, se hará con base en el instrumento definido para tal fin.

PARÁGRAFO 1o. Los departamentos, distritos y municipios podrán girar a su cuenta, en el sistema de pagos establecido por la Nación o a las Entidades Promotoras de Salud, los recursos que cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud con recursos correspondientes al esfuerzo propio territorial y las rentas cedidas, los cuales serán girados a las Entidades Promotoras de Salud para afiliar aquellas personas que no han sido cubiertas con los recursos administrados por el sistema de pagos contratado por la Nación y/o a los prestadores de servicios de salud por pago de servicios que hayan sido capitados.

PARÁGRAFO 2o. Los costos y gastos de la administración, apoyo técnico, auditoría y la remuneración necesaria para financiar el mecanismo previsto en el presente artículo, se pagarán con cargo a los rendimientos financieros de estos o con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, si los primeros no son suficientes.

PARÁGRAFO 3o. El Gobierno Nacional unificará el sistema de administración y pagos de los recursos de los regímenes contributivo y subsidiado mediante el mecanismo financiero que se determine para tal fin.

Los giros de recursos de la Nación y aquellos que determine el reglamento podrán hacerse directamente por la Tesorería General de la Nación o el Fosyga según el caso.

La forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado serán determinadas por el Gobierno Nacional de forma similar al Régimen Contributivo.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Término para la liquidación de los contratos. Los Gobernadores o Alcaldes y las Entidades Promotoras de Salud procederán en el término de tres (3) meses calendario contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, a liquidar de mutuo acuerdo los contratos suscritos con anterioridad al 1o de abril de 2010. De no realizarse la liquidación dentro de los términos establecidos, la entidad territorial con base en sus soportes y los de la Entidad Promotora de Salud, si los tiene, procederá a la liquidación unilateral dentro de los treinta (30) días calendarios siguientes al vencimiento del término descrito en el presente artículo.

El incumplimiento de estos términos conllevará el reporte a los organismos de control y a las respectivas sanciones disciplinarias, y el monto del contrato será la cuantía de referencia con la cual se determinará la responsabilidad fiscal del agente del Estado. Del incumplimiento se informará a los organismos de control y vigilancia correspondientes.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 2o. Deudas por concepto de contratos liquidados. El monto a favor de la Entidad Promotora de Salud contenido en el acta de liquidación de mutuo acuerdo de los contratos de administración del Régimen Subsidiado o en el acto de liquidación unilateral vigente a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley y los que surjan del cumplimiento de la misma, debe ser girado a la Entidad Promotora de Salud, por la Entidad Territorial, dentro de los treinta (30) días siguientes a la expedición de la presente ley, giro que se realizará directamente a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en el caso en que las Entidades Promotoras de Salud les adeude recursos, el monto restante, si hubiere lugar a ello, se girará a la Empresa Promotora de Salud dentro del mismo plazo.

Los saldos que queden a favor del ente territorial, serán girados por la Entidad Promotora de Salud a las cuentas maestras, dentro del mismo término.

En el evento en que las entidades territoriales no paguen las deudas por contratos liquidados, el Gobierno Nacional en aras de salvaguardar la sostenibilidad del Sistema y la garantía de acceso a los afiliados, descontará de los recursos asignados a ese municipio por regalías, por el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera (FAEP) u otras fuentes municipales que se dispongan en el nivel nacional, los montos adeudados y serán girados a las Entidades Promotoras de Salud respectivas en los términos establecidos en el presente artículo. El Gobierno Nacional reglamentará el procedimiento para tal fin exigiendo para ello las actas de

liquidación donde consten los recursos recaudados.

CAPÍTULO III.

UNIVERSALIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO.

ARTÍCULO 32. UNIVERSALIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. Todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Gobierno Nacional desarrollará mecanismos para garantizar la afiliación.

Cuando una persona requiera atención en salud y no esté afiliado, se procederá de la siguiente forma:

32.1 Si tiene capacidad de pago cancelará el servicio y se le establecerá contacto con la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo de su preferencia.

32.2 Si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente. La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin. Realizada la afiliación, la Entidad Promotora de Salud, verificará en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles si la persona es elegible para el subsidio en salud. De no serlo, se cancelará la afiliación y la Entidad Promotora de Salud procederá a realizar el cobro de los servicios prestados. Se podrá reactivar la afiliación al Régimen Subsidiado cuando se acredite las condiciones que dan derecho al subsidio. En todo caso el pago de los servicios de salud prestados será cancelado por la Entidad Promotora de Salud si efectivamente se afilió a ella; si no se afilió se pagarán con recursos de oferta a la institución prestadora de los servicios de salud, de conformidad con la normatividad general vigente para el pago de los servicios de salud.

32.3 Los casos no establecidos en el presente artículo para lograr la universalización del aseguramiento serán reglamentados por el Ministerio de la Protección Social en un término no mayor a un (1) año.

PARÁGRAFO 1o. A quienes ingresen al país, no sean residentes y no estén asegurados, se los incentivará a adquirir un seguro médico o Plan Voluntario de Salud para su atención en el país de ser necesario.

PARÁGRAFO 2o. Quienes disfruten de los regímenes especiales y de excepción permanecerán en ellos; las entidades administradoras de estos regímenes deberán entregar información periódica que solicite el Ministerio de la Protección Social.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. A partir del primero de enero del 2012 no habrá periodo de carencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 33. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DE PAGO Y DE INGRESOS. Se presume con capacidad de pago y, en consecuencia, están obligados a afiliarse al Régimen Contributivo o podrán ser afiliados oficiosamente:

33.1 Las personas naturales declarantes del impuesto de renta y complementarios, impuesto a las ventas e impuesto de industria y comercio.

33.2 Quienes tengan certificados de ingresos y retenciones que reflejen el ingreso establecido para pertenecer al Régimen Contributivo.

33.3 Quienes cumplan con otros indicadores que establezca el Gobierno Nacional.

Lo anterior, sin perjuicio de poder ser clasificado como elegible al subsidio por medio del Sisbén, de acuerdo con las normas sobre la materia.

El Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas. En caso de existir diferencias entre los valores declarados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y los aportes al sistema estos últimos deberán ser ajustados.

ARTÍCULO 34. SUBSIDIO PARCIAL A LA COTIZACIÓN. Las personas elegibles al subsidio parcial a la cotización no afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pagarán sobre un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal vigente y un porcentaje de cotización del 10,5%, o aporte equivalente de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Estas personas tendrán derecho a un subsidio parcial de su cotización al Régimen Subsidiado o al Régimen Contributivo en cuyo caso no incluirá prestaciones económicas. Este subsidio será el 67% de la cotización o del aporte equivalente con cargo a los recursos de la subcuenta de Compensación del Fosyga en el caso de los afiliados al Régimen Contributivo y de la subcuenta de Solidaridad en el caso del Subsidiado. El 33% de

la cotización o aporte equivalente deberá ser pagado previamente por el afiliado.

ARTÍCULO 35. PERMANENCIA EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Los afiliados al Régimen Subsidiado podrán permanecer en este cuando obtengan un contrato de trabajo y pasen a estar vinculados laboralmente. En estos casos, los empleadores o los afiliados pagarán los aportes que debería pagar en el Régimen Contributivo a la misma Entidad Promotora de Salud y será compensado mensualmente a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga). En este evento, el afiliado tendrá derecho a prestaciones económicas.

Cuando un trabajador temporal o jornalero, cuya asignación mensual no alcance a un salario mínimo legal mensual vigente, no desee ser desvinculado del Régimen Subsidiado en razón de su relación laboral, el patrono deberá aportar al Régimen Subsidiado el equivalente al valor que en proporción al pago que por el trabajador debería aportar al Régimen Contributivo. En este caso no se tendrá derecho a prestaciones económicas.

En caso que el empleador no cumpla con la obligación de pagar la cotización, al concluir la relación laboral el empleador deberá pagar los aportes que adeude al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 36. PLANES DE BENEFICIOS PARCIALES. Al unificar los planes de beneficios no podrán existir planes de beneficios parciales.

CAPÍTULO IV.

PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD.

ARTÍCULO 37. PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD. Sustitúyase el artículo 169 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente texto:

“Artículo 169. Planes Voluntarios de Salud. Los Planes Voluntarios de Salud podrán incluir coberturas asistenciales relacionadas con los servicios de salud, serán contratados voluntariamente y financiados en su totalidad por el afiliado o las empresas que lo establezcan con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias o el subsidio a la cotización.

La adquisición y permanencia de un Plan Voluntario de Salud implica la afiliación previa y la continuidad mediante el pago de la cotización al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Tales Planes podrán ser:

169.1 Planes de atención complementaria del Plan Obligatorio de Salud emitidos por las Entidades Promotoras de Salud.

169.2 Planes de Medicina Prepagada, de atención prehospitalaria o servicios de ambulancia prepagada, emitidos por entidades de Medicina Prepagada.

169.3 Pólizas de seguros emitidos por compañías de seguros vigiladas por la Superintendencia Financiera.

169.4 Otros planes autorizados por la Superintendencia Financiera y la Superintendencia Nacional de Salud”.

ARTÍCULO 38. APROBACIÓN DE PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD. La aprobación de los Planes Voluntarios de Salud y de las tarifas, en relación con las Entidades Promotoras de Salud y las entidades de medicina prepagada, estarán a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, la cual registrará los planes, en un plazo no superior a treinta (30) días calendario y realizará verificación posterior. El depósito de los planes se surtirá ante la Superintendencia Nacional de Salud.

ARTÍCULO 39. CREACIÓN DE PLANES VOLUNTARIOS Y SEGUROS DE SALUD. El Gobierno Nacional estimulará la creación, diseño, autorización y operación de planes voluntarios y seguros de salud tanto individuales como colectivos.

ARTÍCULO 40. COBERTURAS. Los Planes Voluntarios de Salud pueden cubrir total o parcialmente una o varias de las prestaciones derivadas de riesgos de salud tales como: servicios de salud, médicos, odontológicos, pre y poshospitalarios, hospitalarios o de transporte, condiciones diferenciales frente a los planes de beneficios y otras coberturas de contenido asistencial o prestacional. Igualmente podrán cubrir copagos y cuotas moderadoras exigibles en otros planes de beneficios.

ARTÍCULO 41. PROTECCIÓN AL USUARIO. Las entidades habilitadas para emitir planes voluntarios no podrán incluir como preexistencias al tiempo de la renovación del contrato, enfermedades, malformaciones o afecciones diferentes a las que se padecían antes de la fecha de celebración del contrato inicial.

Las entidades que ofrezcan planes voluntarios de salud no podrán dar por terminado los contratos ni revocarlos a menos que medie incumplimiento en las obligaciones de la otra parte.

TÍTULO V.

FINANCIAMIENTO.

ARTÍCULO 42. FINANCIACIÓN DE LAS ACCIONES DE SALUD PÚBLICA, ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD Y PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN. Las acciones de salud pública, promoción y prevención en el marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud se financiarán con:

42.1 Los recursos del componente de salud pública del Sistema General de Participaciones que trata Ley 715 de 2001.

42.2 Los recursos de la Unidad de Pago por capitación destinados a promoción y prevención del régimen subsidiado y contributivo que administran las Entidades Promotoras de Salud.

42.3 Los recursos de la subcuenta de promoción y prevención del Fosyga.

42.5 Los recursos que destinen y administren las Aseguradoras de Riesgos Profesionales para la promoción y prevención, que se articularán a la estrategia de Atención Primaria en Salud.

42.6 Recursos del Presupuesto General de la Nación para salud pública.

42.7 Los recursos que del cuarto (1/4) de punto de las contribuciones parafiscales de las Cajas de Compensación Familiar se destinen a atender acciones de promoción y prevención en el marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud. Cuando estos recursos sean utilizados para estos fines, un monto equivalente de los recursos del presente numeral se destinará al Régimen Subsidiado con cargo al numeral 1.

42.8 Otros recursos que destinen las entidades territoriales.

ARTÍCULO 43. RECURSOS DEL FONDO DE RIESGOS PROFESIONALES PARA PREVENCIÓN Y PROMOCIÓN. Adiciónese un literal d), modifíquese el párrafo y créese un párrafo transitorio al artículo 22 de la Ley 776 de 2002, así:

“d) Financiar la realización de actividades de promoción y prevención dentro de los programas de Atención Primaria en Salud.

PARÁGRAFO. En ningún caso la aplicación de los recursos del fondo podrá superar el cuarenta por ciento (40%) en el objeto señalado en el literal a), ni el diez por ciento (10%) en el literal c), ni el quince por ciento (15%) en el literal d). Lo restante será utilizado en el literal b).

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Hasta el 15% de los recursos acumulados en el Fondo de Riesgos Profesionales a la entrada en vigencia de la presente ley, podrán ser utilizados, por una única vez, para la financiación de las actividades de prevención dentro de los programas de Atención Primaria en Salud a que hace referencia el literal d) del presente artículo”.

ARTÍCULO 44. RECURSOS PARA ASEGURAMIENTO. El artículo 214 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 y por el artículo 34 de la Ley 1393 de 2010, quedará así:

“Artículo 214. “La Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado se financiará con los siguientes recursos:

1. De las entidades territoriales

1. Los recursos del Sistema General de Participaciones para salud, se destinarán al Régimen Subsidiado partiendo como mínimo del sesenta y cinco por ciento (65%) de acuerdo con el plan de transformación concertado entre el Gobierno Nacional y las entidades territoriales hasta llegar al ochenta por ciento (80%) a más tardar en el año 2015. En todo caso el 10% del Sistema General de Participaciones para Salud se destinará a financiar las acciones en salud pública. El porcentaje restante se destinará a financiar prioritariamente la prestación de servicios en aquellos lugares donde solo el Estado está en capacidad de prestar el servicio de salud en condiciones de eficiencia y/o subsidios a la demanda, de acuerdo con los planes

financieros y de transformación de recursos que presenten las entidades territoriales, los cuales deberán ser avalados de manera conjunta por los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público.

2. Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por ETESA a las entidades territoriales, que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación. Estos recursos se girarán directamente a la cuenta de la entidad territorial en el fondo de financiamiento del régimen subsidiado y se contabilizarán como esfuerzo propio territorial serán transferidas directamente por la Nación a través del mecanismo de giro directo establecido en la presente ley.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el primer inciso del artículo 60 de la Ley 715 de 2001, del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinarán por lo menos el 50% a la financiación del Régimen Subsidiado o el porcentaje que a la entrada en vigencia de la presente ley estén asignando, si este es mayor. Estos recursos se contabilizarán como esfuerzo propio territorial y no podrán disminuirse serán transferidas directamente por la Nación a través del mecanismo de giro directo establecido en la presente ley.

4. Los recursos de regalías serán transferidas directamente por la Nación a través del mecanismo de giro directo establecido en la presente ley.

5. Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del Régimen Subsidiado.

2. Del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)

1. Uno punto cinco puntos (1.5) de la cotización de los regímenes especiales y de excepción y hasta uno punto cinco (1.5) puntos de la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo.

2. El monto de las Cajas de Compensación Familiar de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.

3. Recursos del Presupuesto General de la Nación que a partir del monto asignado para el año 2010, que se requieran de manera progresiva para la universalización de la cobertura y la unificación de los planes de beneficios, una vez aplicadas las demás fuentes que financian

el Régimen Subsidiado.

4. Las cotizaciones que realizarán los patronos al Fondo de Solidaridad cuando el trabajador no quiera retirarse del Régimen Subsidiado, en los términos de la presente ley.

5. Los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones.

3. Otros

1. Recursos definidos por recaudo de IVA definidos en la Ley 1393 de 2010.

2. Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el Régimen Subsidiado.

3. Recursos de la contribución parafiscal de las Cajas de Compensación Familiar.

ARTÍCULO 45. DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS DE LA COTIZACIÓN DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO. El Ministerio de la Protección Social definirá hasta el uno punto cinco (1.5) de la cotización, previsto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que se destinarán a la financiación de la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga.

ARTÍCULO 46. RECURSOS DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR. Sin perjuicio de los recursos de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, se destinará un cuarto (1/4) de punto porcentual de la contribución parafiscal, establecida en la Ley 21 de 1982 en los artículos 11, numeral 1, y 12, numeral 1, a favor de las Cajas de Compensación Familiar, a atender acciones de promoción y prevención dentro del marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud y/o en la unificación de los Planes de Beneficios, de forma concertada entre el Gobierno Nacional y las Cajas de Compensación Familiar, conforme al reglamento.

PARÁGRAFO 1o. La asignación prevista en el presente artículo, conforme a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, no podrá afectar el cálculo de los recursos que las Cajas de Compensación Familiar deben apropiar para los Fondos para el Subsidio Familiar de Vivienda -FOVIS- y para los programas de infancia y adolescencia.

PARÁGRAFO 2o. Los recursos del cuarto de punto porcentual (1/4) de la contribución parafiscal que trata el presente artículo serán administrados directamente por las Cajas de Compensación Familiar y harán parte de las deducciones previstas en el párrafo del artículo 217 la Ley 100 de 1993.

ARTÍCULO 47. SEGURO DE SALUD POR DESEMPLEO. Modifíquense los artículos 10 y 11 de la Ley 789 de 2002, los cuales quedarán así:

“Artículo 10. Régimen de apoyo para desempleados con vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar. Los Jefes cabeza de Hogar y prioritariamente las mujeres que tengan esa condición, que se encuentren en situación de desempleo luego de haber estado vinculados al sistema de Cajas de Compensación Familiar no menos de 1 año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo, tendrán derecho con cargo a los recursos del Fondo para el Fomento del Empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6o de la presente ley a los siguientes beneficios, por una sola vez y hasta que se agoten los recursos del Fondo. La reglamentación establecerá los plazos y condiciones a partir de los cuales se reconocerá este subsidio:

a) Un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se dividirá y otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud. Los aportes al Sistema de Salud serán prioritarios frente a los otros usos siempre que el beneficiario no se encuentre afiliado. Para efectos de esta obligación, las cajas destinarán un máximo del cuarenta y cinco por ciento (45%) de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento del empleo y la protección al desempleo;

b) Capacitación para el proceso de inserción laboral y/o educación y/o bonos alimentarios. Para efectos de esta obligación las Cajas destinarán un máximo del diez por ciento (10%) de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento al empleo y protección al desempleo.

Artículo 11. Régimen de apoyo para desempleados sin vinculación anterior a Cajas de Compensación Familiar. Con cargo al cinco por ciento (5%) del fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6o de la presente ley, las Cajas establecerán un régimen de apoyo y fomento al empleo para jefes cabeza de hogar sin

vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar, que se concretará en un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud. Los aportes al Sistema de Salud serán prioritarios frente a los otros usos siempre que el beneficiario no se encuentre afiliado. Tendrán prioridad frente a las Cajas de Compensación Familiar, los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional. Para acceder a esta prestación, se deberá acreditar falta de capacidad de pago, conforme términos y condiciones que disponga el reglamento en materia de organización y funcionamiento de este beneficio”.

ARTÍCULO 48. IMPUESTO SOCIAL A LAS ARMAS Y MUNICIONES. Modifíquese el artículo 224 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará de la siguiente manera:

“Artículo 224. Impuesto social a las armas y municiones. A partir del 1o de enero de 1996, créase el impuesto social a las armas de fuego que será pagado por quienes las porten en el territorio nacional, y que será cobrado con la expedición o renovación del respectivo permiso y por el término de este. El recaudo de este impuesto se destinará al fondo de solidaridad previsto en el artículo 221| de esta ley. El impuesto tendrá un monto equivalente al 30% de un salario mínimo mensual. Igualmente, créase el impuesto social a las municiones y explosivos, que se cobrará como un impuesto ad valórem con una tasa del 20%. El gobierno reglamentará los mecanismos de pago y el uso de estos recursos: el Plan de Beneficios, los beneficiarios y los procedimientos necesarios para su operación.

PARÁGRAFO. Se exceptúan de este impuesto las armas de fuego y municiones y explosivos que posean las Fuerzas Armadas y de Policía y las entidades de seguridad del Estado”.

El pago de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada para toda la población de los niveles 1 y 2 del Sisbén y otra elegible no afiliada al Régimen Contributivo tendrá prioridad sobre cualquier otro gasto en salud. Asegurado el 100% de esta población, podrán destinarse los recursos con esa destinación para financiar cualquier otro concepto de salud.

PARÁGRAFO. A más tardar el primero de enero de 2012, el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) cancelará las obligaciones a su cargo causadas a la fecha de expedición de la presente ley y que cumpla con los requisitos definidos para estos efectos.

ARTÍCULO 50. FONDO DE SALVAMENTO Y GARANTÍAS PARA EL SECTOR SALUD (FONSAET). Créase el Fondo de Garantías para el Sector Salud como un fondo cuenta sin personería jurídica administrado por el Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto será asegurar el pago de las obligaciones que no fuere posible pagar por parte de las Empresas Sociales del Estado, intervenidas por la Superintendencia Nacional de Salud, se financiará hasta el 20% del gasto operacional; en el caso de las Empresas Sociales del Estado liquidadas, se pagará hasta el monto que determine el Ministerio de la Protección Social.

Para financiar este fondo se destinarán los siguientes recursos: hasta el 10% de los recursos que se transfieren para oferta con recursos del Sistema General de Participaciones para Salud y los excedentes de los recursos destinados para salud de la Ley 1393 de 2010.

Este fondo podrá comprar o comercializar la cartera de las entidades intervenidas o en liquidación. También podrá hacer esta operación para evitar la intervención o liquidación.

Para los anteriores efectos los términos y condiciones para la administración del fondo los establecerá el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 1o. La facturación de las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud deberá ajustarse en todos los aspectos a los requisitos fijados por el Estatuto Tributario y la Ley 1231 de 2008.

PARÁGRAFO 2o. El Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet) podrá beneficiar a Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley se encuentran intervenidas para administrar o liquidar por la Superintendencia Nacional de Salud.

Estas Entidades podrán recibir recursos del Fonsaet por una sola vez, condicionados a la presentación y cumplimiento del Plan de Mejoramiento y Prácticas del Buen Gobierno, acorde con la reglamentación del Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 51. RETENCIÓN EN LA FUENTE DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Establézcase un sistema de retención en la fuente de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y establézcanse los instrumentos para realizar la retención en la fuente para el pago de la cotización en seguridad social en salud, de las personas naturales y

empresas unipersonales o sociedades por acciones simplificada, como mecanismo que evite la evasión y la elusión, tomando como base los conceptos constitutivos vigentes del Ingreso Base de Cotización. El agente retenedor girará los recursos al encargado del recaudo de los aportes, de conformidad con el reglamento.

La retención en la fuente prevista en el presente artículo se podrá extender a los demás aportes del sistema de seguridad social.

TÍTULO VI.

DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD.

CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 52. CONTRATACIÓN POR CAPITACIÓN. Se establecen las siguientes reglas aplicables en la suscripción de contratos de pago por capitación de las Entidades Promotoras de Salud con los prestadores de servicios de salud:

52.1 Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación.

52.2 La capitación no libera a las Entidades Promotoras de Salud de su responsabilidad por el servicio ni de la gestión del riesgo.

52.3 La contratación por capitación de las actividades de prevención y promoción, las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública, se deberá hacer con fundamento en indicadores y evaluación de resultados en salud.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Se podrá hacer contratación por capitación de las actividades de prevención y promoción, sobre la base de indicadores de resultados basados en la estrategia de Atención Primaria en Salud y rendición pública de cuentas, hasta el año 2013.

ARTÍCULO 53. PROHIBICIÓN DE LIMITACIONES AL ACCESO. Están prohibidos aquellos mecanismos de pago, de contratación de servicios, acuerdos o políticas internas que limiten el acceso al servicio de salud o que restrinjan su continuidad, oportunidad, calidad o que propicien la fragmentación en la atención de los usuarios.

ARTÍCULO 54. RESTABLECIMIENTO DE LA SALUD DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA. La prestación de los servicios de salud física y mental para todas las mujeres víctimas de la violencia física o sexual, que estén certificados por la autoridad competente, no generará cobro por concepto de cuotas moderadoras, copagos u otros pagos para el acceso sin importar el régimen de afiliación. La atención por eventos de violencia física o sexual será integral, y los servicios serán prestados hasta que se certifique medicamente la recuperación de las víctimas.

La prestación de servicios a las mujeres víctimas de violencias incluirá la atención psicológica y psiquiátrica y la habitación provisional en los términos de la Ley 1257 de 2008.

ARTÍCULO 55. MULTAS POR INASISTENCIA EN LAS CITAS MÉDICAS. Entrada en vigencia esta ley queda prohibido el cobro de cualquier tipo de multas a los cotizantes y beneficiarios de los regímenes contributivo y subsidiado, así como la población vinculada, en lo establecido para citas médicas programadas, para lo cual el Ministerio de la Protección Social diseñará un mecanismo idóneo para su respectivo cumplimiento, esto es ser sancionado pedagógicamente, mediante método de recursos capacitación que deberán ser diseñados por las Entidades Promotoras de Salud para tal fin.

ARTÍCULO 56. PAGOS A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud pagarán los servicios a los prestadores de servicios de salud dentro de los plazos, condiciones, términos y porcentajes que establezca el Gobierno Nacional según el mecanismo de pago, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1122 de 2007.

El no pago dentro de los plazos causará intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

Se prohíbe el establecimiento de la obligatoriedad de procesos de auditoría previa a la presentación de las facturas por prestación de servicios o cualquier práctica tendiente a impedir la recepción.

Las entidades a que se refiere este artículo, deberán establecer mecanismos que permitan la facturación en línea de los servicios de salud, de acuerdo con los estándares que defina el Ministerio de la Protección Social.

También se entienden por recibidas las facturas que hayan sido enviadas por los prestadores de servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud a través de correo certificado, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1122 de 2007, sin perjuicio del cobro ejecutivo que podrán realizar los prestadores de servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud en caso de no cancelación de los recursos.

ARTÍCULO 57. TRÁMITE DE GLOSAS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en la normatividad vigente. Una vez formuladas las glosas a una factura no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción, indicando su aceptación o justificando la no aceptación. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas.

Si cumplidos los quince (15) días hábiles, el prestador de servicios de salud considera que la glosa es subsanable, tendrá un plazo máximo de siete (7) días hábiles para subsanar la causa de las glosas no levantadas y enviar las facturas enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago.

Los valores por las glosas levantadas total o parcialmente deberán ser cancelados dentro del mismo plazo de los cinco (5) días hábiles siguientes, a su levantamiento, informando al prestador la justificación de las glosas o su proporción, que no fueron levantadas.

Una vez vencidos los términos, y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, bien sea en uso de la facultad de conciliación o

jurisdiccional a elección del prestador, en los términos establecidos por la ley.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para desestimular o sancionar el abuso con el trámite de glosas por parte de las entidades responsables del pago.

ARTÍCULO 58. HABILITACIÓN DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud, los prestadores de servicios de salud, las Administradoras de Riesgos Profesionales deberán contar con las condiciones necesarias para prestar un servicio de calidad; para tal fin los reglamentos que el Ministerio de la Protección Social expida, deberán garantizar la verificación de dichas condiciones y su periódica revisión. Las Direcciones Territoriales de Salud deberán garantizar la verificación de los servicios que lo requieran en el plazo que establezca el reglamento. La actividad de habilitación, para ser realizada oportuna y en los términos establecidos, puede ser contratada por las entidades territoriales con terceros especializados en la materia.

PARÁGRAFO. A partir de la vigencia de la presente ley toda nueva Institución Prestadora de Salud para el inicio de actividades y por ende para acceder a contratar servicios de salud deberá tener verificación de condiciones de habilitación expedida por la autoridad competente, que dispondrá de seis (6) meses desde la presentación de la solicitud para realizar la verificación. La verificación deberá ser previa cuando se trate de servicios de urgencias y servicios de alta complejidad. Los servicios oncológicos deberán tener habilitación y verificación previa por el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 59. OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

CAPÍTULO II.

REDES INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD.

ARTÍCULO 61. DE LAS REDES INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD. La prestación de servicios de salud dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud se hará a través

de las redes integradas de servicios de salud ubicadas en un espacio poblacional determinado.

Las redes de atención que se organicen dispensarán con la suficiencia técnica, administrativa y financiera requerida, los servicios en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación que demande el cumplimiento eficaz de los planes de beneficios.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar, y ofrecer los servicios a sus afiliados de manera integral, continua, coordinada y eficiente, con portabilidad, calidad y oportunidad, a través de las redes.

ARTÍCULO 62. CONFORMACIÓN DE REDES INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD. Las entidades territoriales, municipios, distritos, departamentos y la Nación, según corresponda, en coordinación con las Entidades Promotoras de Salud a través de los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud, organizarán y conformarán las redes integradas incluyendo prestadores públicos, privados y mixtos que presten los servicios de acuerdo con el Plan de Beneficios a su cargo. Las redes se habilitarán de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social, quien podrá delegar en los departamentos y distritos. La implementación de la estrategia de Atención Primaria en Salud consagrada en la presente ley será la guía para la organización y funcionamiento de la red.

Las instituciones prestadoras de servicios de salud podrán asociarse mediante Uniones Temporales, consorcios u otra figura jurídica con Instituciones Prestadoras de Salud, públicas, privadas o mixtas. En ejercicio de su autonomía determinarán la forma de integración y podrán hacer uso de mecanismos administrativos y financieros que las hagan eficientes, observando los principios de libre competencia.

ARTÍCULO 63. CRITERIOS DETERMINANTES PARA LA CONFORMACIÓN DE LAS REDES INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD. La reglamentación para la habilitación de las redes integradas de servicios de salud se realizará a partir de los siguientes criterios:

63.1 Población y territorio a cargo, con conocimiento de sus necesidades y preferencias en salud, que defina la oferta de servicios a la demanda real y potencial de la población a atender, tomando en consideración la accesibilidad geográfica, cultural y económica.

63.2 Oferta de servicios de salud existente para la prestación de servicios de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, integrando tanto los servicios de salud individual como los servicios de salud colectiva.

63.3 Modelo de atención primaria en salud centrado en la persona, la familia y la comunidad, teniendo en cuenta las particularidades culturales, raciales y de género.

63.4 Recurso humano suficiente, valorado, competente y comprometido.

63.5 Adecuada estructuración de los servicios de baja complejidad de atención fortalecida y multidisciplinaria que garantice el acceso al sistema, con la capacidad resolutoria para atender las demandas más frecuentes en la atención de la salud de la población a cargo.

63.6 Mecanismos efectivos de referencia y contrarreferencia para garantizar la integralidad y continuidad de la atención del usuario en los diferentes niveles de atención y escenarios intramurales y extramurales.

63.7 Red de transporte y comunicaciones.

63.8 Acción intersectorial efectiva.

63.9 Esquemas de participación social amplia.

63.10 Gestión integrada de los sistemas de apoyo administrativo, financiero y logístico.

63.11 Sistema de información único e integral de todos los actores de la red, con desglose de los datos por sexo, edad, lugar de residencia, origen étnico y otras variables pertinentes.

63.12 Financiamiento adecuado y mecanismos de seguimiento y evaluación de resultados.

63.13 Cumplimiento de estándares de habilitación por parte de cada uno de los integrantes de la red conforme al sistema obligatorio de garantía de la calidad.

ARTÍCULO 64. ARTICULACIÓN DE LAS REDES INTEGRADAS. La articulación de la red estará a cargo de las entidades territoriales en coordinación con las Entidades Promotoras de Salud, a través de los Consejos Territoriales de la Seguridad Social en Salud; en el caso de los municipios no certificados la entidad territorial será el departamento, sin vulneración del

ejercicio de la autonomía de los actores de las redes existentes en el espacio poblacional determinado, buscará que el servicio de salud se brinde de forma precisa, oportuna y pertinente, para garantizar su calidad, reducir complicaciones, optimizar recursos y lograr resultados clínicos eficaces y costo-efectivos. La función de coordinación será esencialmente un proceso del ámbito clínico y administrativo, teniendo como objetivos y componentes:

64.1 La identificación de la población a atender y la determinación del riesgo en salud.

64.2 La identificación de factores de riesgo y factores protectores.

64.3 Consenso en torno a la implementación de la estrategia de Atención Primaria en Salud.

64.4 Consenso en torno al modelo de atención centrado en la intervención de los factores de riesgo y el perfil de la población.

64.5 El desarrollo de un proceso de vigilancia epidemiológica, que incluya la notificación y la aplicación de medidas que sean de su competencia en la prestación de servicios y en la evaluación de resultados.

64.6 La articulación de la oferta de servicios de los prestadores que la conforman y la información permanente y actualizada a los usuarios sobre los servicios disponibles, en el espacio poblacional determinado.

64.7 La garantía de un punto de primer contacto, que serán los equipos básicos de salud, con capacidad de acceder a la información clínica obtenida en los diferentes escenarios de atención y de proporcionarla a estos mismos.

64.8 La coordinación y desarrollo conjunto de sistemas de gestión e información.

64.9 Las condiciones de acceso y los principales indicadores de calidad que se establezcan en el reglamento técnico de la red.

64.10 La coordinación de esquemas de comunicación electrónica, servicios de telemedicina, asistencia y atención domiciliaria y las demás modalidades que convengan a las condiciones del país y a las buenas prácticas en la materia.

PARÁGRAFO. La coordinación de las redes basadas en el modelo de atención y riesgo poblacional, será reglamentada por el Ministerio de la Protección Social con el acompañamiento de las direcciones territoriales para el cumplimiento de las funciones administrativas y clínicas anteriormente nombradas.

ARTÍCULO 65. ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD MENTAL. Las acciones de salud deben incluir la garantía del ejercicio pleno del derecho a la salud mental de los colombianos y colombianas, mediante atención integral en salud mental para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud y su atención como parte del Plan de Beneficios y la implementación, seguimiento y evaluación de la política nacional de salud mental.

ARTÍCULO 66. ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD A DISCAPACITADOS. Las acciones de salud deben incluir la garantía a la salud del discapacitado, mediante una atención integral y una implementación de una política nacional de salud con un enfoque diferencial con base en un plan de salud del Ministerio de la Protección Social.

ARTÍCULO 67. SISTEMAS DE EMERGENCIAS MÉDICAS. Con el propósito de responder de manera oportuna a las víctimas de enfermedad, accidentes de tránsito, traumatismos o paros cardiorrespiratorios que requieran atención médica de urgencias, se desarrollará el sistema de emergencias médicas, entendido como un modelo general integrado, que comprende, entre otros los mecanismos para notificar las emergencias médicas, la prestación de servicios pre hospitalarios y de urgencias, las formas de transporte básico y medicalizado, la atención hospitalaria, el trabajo de los centros reguladores de urgencias y emergencias, los programas educacionales y procesos de vigilancia.

El Ministerio de la Protección Social reglamentará, en el transcurso de un año (1) a partir de la vigencia de la presente ley, el desarrollo y operación del sistema de emergencias médicas, que garantice la articulación de los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con sus competencias, incluyendo los casos en los que deberá contarse con personal con entrenamiento básico donde haya alta afluencia de público. Para la operación del sistema se podrán utilizar recursos del programa institucional de fortalecimiento de la Red Nacional de Urgencias.

ARTÍCULO 68. FUNDACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO. Las fundaciones sin ánimo de lucro que venían prestando servicios como parte de la red hospitalaria pública, antes de la entrada en

vigencia de la Ley 100 de 1993, y continúan desarrollando esta actividad para los efectos señalados en los artículos 16 y 20 de la Ley 1122 de 2007 sobre la contratación de servicios de salud, las entidades territoriales y las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado les darán a estas instituciones prestadoras de servicios de salud tratamiento de Empresas Sociales del Estado.

Así mismo, dichas fundaciones y las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud podrán acceder a recursos de crédito blandos de tasa compensada y de largo plazo que otorgue el Gobierno Nacional a través de Findeter u otras entidades.

CAPÍTULO III.

INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD PÚBLICAS Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO.

ARTÍCULO 69. PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO DE HOSPITALES PÚBLICOS. El Gobierno Nacional establecerá un Programa de Fortalecimiento de las Empresas Sociales del Estado. Para tal fin podrá constituir un fondo con recursos del Presupuesto Nacional que permita desarrollar un Plan de Inversiones para fortalecer su capacidad instalada y modernizar su gestión con énfasis en el primero y segundo nivel de atención.

Las Empresas Sociales del Estado articuladas en red, que demuestren buenos resultados en los indicadores de salud, bajo riesgo fiscal y financiero, y documenten trabajo en el proceso de calidad podrán acceder a créditos condonables y otros estímulos que ofrezca el Gobierno Nacional, en especial para dotación tecnológica y capacitación del talento humano.

ARTÍCULO 70. DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de complejidad, estará integrada de la siguiente manera:

70.1 El jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la presidirá.

70.2 El director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado.

70.3 Un representante de los usuarios, designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la dirección departamental, distrital o municipal de salud.

70.4 Dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. En el evento de no existir en la ESE profesionales en el área administrativa, la Junta Directiva podrá integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo.

PARÁGRAFO 1o. Los representantes de los usuarios y de los servidores públicos de la entidad tendrán un periodo de dos (2) años y no podrán ser reelegidos para periodos consecutivos, ni podrán ser parte de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado en más de dos ocasiones. En los municipios de 6ª categoría, los representantes de los usuarios y los empleados públicos tendrán un periodo de 4 años.

PARÁGRAFO 2o. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel municipal que hagan parte de convenios o planes de desempeño suscritos o que se llegaren a suscribir entre el departamento y la Nación, tendrá además de los miembros ya definidos en el presente artículo, tendrán como miembro de la Junta Directiva al gobernador del departamento o su delegado.

PARÁGRAFO 3o. Cuando en una sesión de Junta Directiva exista empate para la toma de decisiones, el mismo se resolverá con el voto de quien preside la Junta Directiva.

ARTÍCULO 71. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado no podrán ser representante legal, miembros de los organismos directivos, directores, socios, o administradores de entidades del sector salud, ni tener participación en el capital de estas en forma directa o a través de su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil o participar a través de interpuesta persona, excepto alcaldes y gobernadores, siempre y cuando la vinculación de estos últimos a la entidad del sector salud obedezca a la participación del ente territorial al que representa. Esta inhabilidad regirá hasta por un año después de la dejación del cargo.

La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres

mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero.

ARTÍCULO 73. PROCEDIMIENTO PARA LA APROBACIÓN DEL PLAN DE GESTIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN TERRITORIAL. Para la aprobación del plan de gestión se deberá seguir el siguiente procedimiento:

73.1 El Director o Gerente de la Empresa Social del Estado deberá presentar a la Junta Directiva el proyecto de plan de gestión de la misma, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su posesión en el cargo, o para los ya posesionados a los treinta (30) días hábiles siguientes a la expedición de la reglamentación. El proyecto de plan de gestión deberá ajustarse a las condiciones y metodología que defina el Ministerio de la Protección Social.

73.2 La Junta Directiva de la respectiva Empresa Social del Estado deberá aprobar, el plan de gestión dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del plan de gestión.

73.3 El gerente podrá presentar observaciones al plan de gestión aprobado en los 5 días hábiles siguientes a su aprobación, y se resolverá dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

73.4 En caso de que la Junta Directiva no apruebe el proyecto de plan de gestión durante el término aquí establecido, el plan de gestión inicialmente presentado por el Director o Gerente se entenderá aprobado.

ARTÍCULO 74. EVALUACIÓN DEL PLAN DE GESTIÓN DEL DIRECTOR O GERENTE DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN TERRITORIAL. Para la evaluación de los planes de gestión, se deberá dar cumplimiento al siguiente proceso:

74.1 El Director o Gerente de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá

presentar a la Junta Directiva un informe anual sobre el cumplimiento del plan de gestión, el cual deberá ser presentado a más tardar el 1o de abril de cada año con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Los contenidos del informe y de la metodología serán definidos por el Ministerio de la Protección Social.

74.2 La Junta Directiva deberá evaluar el cumplimiento del plan de gestión del Director o Gerente, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del informe de gestión.

74.3 Los resultados de la evaluación se harán constar en un acuerdo de la Junta Directiva, debidamente motivado, el cual se notificará al Director o Gerente quien podrá interponer recurso de reposición ante la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

74.4 La decisión de la Junta Directiva tendrá recurso de reposición ante la misma junta y de apelación en el efecto suspensivo, ante el Superintendente Nacional de Salud, para resolver dichos recursos se contará con un término de quince días (15) hábiles.

74.5 Una vez cumplido el proceso establecido en el presente artículo y en firme el resultado de la evaluación y esta fuere insatisfactorio dicho resultado será causal de retiro del servicio del Director o Gerente, para lo cual la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a haber quedado en firme el resultado de la evaluación, deberá solicitar al nominador con carácter obligatorio para este, la remoción del Director o Gerente aun sin terminar su período, para lo cual el nominador deberá expedir el acto administrativo correspondiente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, contra este acto procederán los recursos de ley.

74.6 La no presentación del proyecto de plan de gestión o del informe de cumplimiento del plan de gestión dentro de los plazos señalados en la presente norma, conllevará a que la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos y plazos establecidos para tal fin, produzca de manera inmediata la evaluación no satisfactoria, la cual será causal de retiro.

ARTÍCULO 75. METODOLOGÍA DE REPORTE DE INGRESOS, GASTOS Y COSTOS DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD. El Ministerio de la Protección Social en un término no superior a un año establecerá la metodología para la

clasificación y reporte de los ingresos que incluirá la cartera total, los gastos y los costos de las Instituciones Prestadoras de Salud públicas, teniendo en cuenta las condiciones que pueden afectar las estructuras de costos. Con base en esta información se construirán razones de costo y gasto que deberán hacer parte de los planes de gestión para evaluar la gestión de los gerentes y de los indicadores de desempeño de las instituciones.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las ESE tendrán un periodo de un año para ajustarse y reportar los indicadores antes definidos.

ARTÍCULO 76. EFICIENCIA Y TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN, ADQUISICIONES Y COMPRAS DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en la contratación las Empresas Sociales del Estado podrán asociarse entre sí, constituir cooperativas o utilizar sistemas de compras electrónicas o cualquier otro mecanismo que beneficie a las entidades con economías de escala, calidad, oportunidad y eficiencia, respetando los principios de la actuación administrativa y la contratación pública. Para lo anterior la Junta Directiva deberá adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social.

Igualmente, las Empresas Sociales del Estado podrán contratar de manera conjunta sistemas de información, sistema de control interno, de interventorías, gestión de calidad y auditorías, de recurso humano y demás funciones administrativas, para el desarrollo de actividades especializadas, de tipo operativo y de apoyo que puedan cubrir las necesidades de la empresa, de forma tal que la gestión resulte más eficiente, con calidad e implique menor costo.

Estas instituciones podrán utilizar mecanismos de subasta inversa para lograr mayor eficiencia en sus adquisiciones.

ARTÍCULO 77. SANEAMIENTO DE CARTERA. El Gobierno Nacional, a partir de la vigencia de la presente ley, pondrá en marcha un Programa para el Saneamiento de cartera de las Empresas Sociales del Estado.

ARTÍCULO 78. PASIVO PRESTACIONAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO E INSTITUCIONES DEL SECTOR SALUD. En concordancia con el artículo 242 de la Ley 100 de

1993 y los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito público y los entes territoriales departamentales firmarán los contratos de concurrencia y cancelarán el pasivo prestacional por concepto de cesantías, reserva para pensiones y pensiones de jubilación, vejez, invalidez y sustituciones pensionales, causadas en las instituciones del sector salud públicas causadas al finalizar la vigencia de 1993 con cargo a los mayores recursos del monopolio de juegos de suerte y azar y del fondo pensional que se crea en el Proyecto de Ley de Regalías.

PARÁGRAFO. Concédase el plazo mínimo de dos (2) años, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, para que las entidades territoriales y los hospitales públicos le suministren al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la información que le permita suscribir los convenios de concurrencia y emitan los bonos de valor constante respectivos de acuerdo a la concurrencia entre el Gobierno Nacional y el ente territorial departamental. El incumplimiento de lo establecido en el presente artículo será sancionado como falta gravísima.

Con esto se cumplirá con las Leyes 60 y 100 de 1993 y 715 de 2001 que viabilizan el pago de esta deuda que no es responsabilidad de las ESE, pues ellas no tenían vida jurídica antes de diciembre de 1993. En ese entonces eran financiados y administrados por los departamentos y el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 79. FINANCIACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EN ZONAS ALEJADAS. Se garantizarán los recursos necesarios para financiar la prestación de servicios de salud a través de instituciones públicas en aquellos lugares alejados, con poblaciones dispersas o de difícil acceso, en donde estas sean la única opción de prestación de servicios, y los ingresos por venta de servicios sean insuficientes para garantizar su sostenibilidad en condiciones de eficiencia.

ARTÍCULO 80. DETERMINACIÓN DEL RIESGO DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. El Ministerio de la Protección Social determinará y comunicará a las direcciones departamentales, municipales y distritales de salud, a más tardar el 30 de mayo de cada año, el riesgo de las Empresas Sociales del Estado teniendo en cuenta sus condiciones de mercado, de equilibrio y viabilidad financiero, a partir de sus indicadores financieros, sin perjuicio de la evaluación por indicadores de salud establecida en la presente ley.

Cuando no se reciba la información utilizada para la categorización del riesgo de una Empresa Social del Estado o se detecte alguna imprecisión en esta y no sea corregida o entregada oportunamente, dicha empresa quedará categorizada en riesgo alto y deberá adoptar un programa de saneamiento fiscal y financiero, sin perjuicio de las investigaciones que se deban adelantar por parte de los organismos de vigilancia y control.

El informe de riesgo hará parte del plan de gestión del gerente de la respectiva entidad a la Junta Directiva y a otras entidades que lo requieran, sin perjuicio de las acciones legales pertinentes.

ARTÍCULO 81. ADOPCIÓN DE PROGRAMA DE SANEAMIENTO FISCAL Y FINANCIERO. Una vez comunicada la información de determinación del riesgo por parte del Ministerio de la Protección Social, dentro de los siguientes sesenta (60) días calendario, las Empresas Sociales del Estado categorizadas en riesgo medio o alto, deberán someterse a un programa de saneamiento fiscal y financiero, con el acompañamiento de la dirección departamental o distrital de salud en las condiciones que determine el Ministerio de la Protección Social.

PARÁGRAFO. Cuando una Empresa Social del Estado no adopte el programa de saneamiento fiscal y financiero en los términos y condiciones previstos, será causal de intervención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

ARTÍCULO 82. INCUMPLIMIENTO DEL PROGRAMA DE SANEAMIENTO FISCAL. Si con la implementación del programa de saneamiento fiscal y financiero, la Empresa Social del Estado en riesgo alto no logra categorizarse en riesgo medio en los términos definidos en la presente ley, deberá adoptar una o más de las siguientes medidas:

82.1 Acuerdos de reestructuración de pasivos.

82.2 Intervención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, independientemente de que la Empresa Social del Estado esté adelantando o no programas de saneamiento.

82.3 Liquidación o supresión, o fusión de la entidad.

Generará responsabilidad disciplinaria y fiscal al Gobernador o Alcalde que no den cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo.

PARÁGRAFO. En las liquidaciones de Empresas Sociales del Estado que se adelanten por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, se dará aplicación a lo dispuesto en el Decreto-ley 254 de 2000 y en la Ley 1105 de 2006, y demás normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan. Las liquidaciones que se estén adelantando, se ajustarán a lo aquí dispuesto.

ARTÍCULO 83. RECURSOS DE CRÉDITO PARA EL REDISEÑO, MODERNIZACIÓN Y REORGANIZACIÓN DE LOS HOSPITALES DE LA RED PÚBLICA PARA DESARROLLO DE LAS REDES TERRITORIALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD. Para la ejecución de los créditos condonables de que trata el parágrafo 3o del artículo 54 de la Ley 715 de 2001, la Nación y las entidades territoriales concurrirán, bajo la modalidad de préstamos condonables, en el financiamiento de los procesos de rediseño, modernización y reorganización de Instituciones Prestadoras de Salud Públicas, mediante convenios de desempeño con las instituciones hospitalarias, que como mínimo garanticen, por parte de la entidad hospitalaria, su sostenibilidad durante diez (10) años, mediante el equilibrio financiero, eficiencia en la prestación de los servicios y su articulación en red.

La asignación de estos recursos de crédito por el Gobierno Nacional permitirá que las Instituciones Prestadoras de Salud públicas puedan participar del proceso de conformación de redes territoriales de servicios de salud para poder desarrollar la política de Atención Primaria en Salud. Dicha asignación se regirá por los principios de proporcionalidad y equidad territoriales.

ARTÍCULO 84. SANEAMIENTO DE PASIVOS. Con el fin de facilitar los procesos de saneamiento de pasivos, las Empresas Sociales del Estado que hayan adoptado programas de saneamiento fiscal y financiero en virtud de lo dispuesto en la presente ley, que tengan suscrito o suscriban programas o convenios de desempeño en virtud de lo establecido en la Ley 715 de 2001 o estén intervenidas por la Superintendencia Nacional de Salud, podrán iniciar simultáneamente o en cualquier momento durante la vigencia de los mismos, la promoción de acuerdos de reestructuración de pasivos de que tratan las Leyes 550 de 1999 y 1116 de 2006 y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan.

ARTÍCULO 85. SANEAMIENTO DE APORTES PATRONALES. Las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Obligadas a compensar o el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, según

corresponda, las Administradoras de Riesgos Profesionales, las entidades administradoras de pensiones tanto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como las de ahorro individual con solidaridad y las administradoras de cesantías, incluido el Fondo Nacional de Ahorro, que hubieren recibido o que tengan en su poder recursos por concepto de aportes patronales del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones para Salud, las direcciones territoriales de salud, las Instituciones Prestadoras de Salud Públicas y demás entidades a las que se les hayan asignado recursos para el pago de aportes patronales, contarán con doce (12) meses, para realizar el proceso de saneamiento por concepto de aportes patronales con el procedimiento que determine el Ministerio de la Protección Social. En este proceso de saneamiento podrán concurrir recursos de ambas fuentes.

Los Fondos de Pensiones, Cesantías, Entidades Promotoras de Salud y Administradoras de Riesgos Profesionales de Salud, deberán implementar las acciones administrativas necesarias para que se realice el procedimiento operativo de saneamiento de los aportes patronales con las direcciones territoriales de salud, las instituciones prestadoras de servicio de salud pública y demás entidades a las que se les hayan asignado recursos para el pago de aportes patronales, con oportunidad y eficacia.

Las peticiones de las entidades aportantes relacionadas con el proceso de saneamiento de dichos recursos a las entidades administradoras de los mismos, deben ser entendidas en un plazo no superior a treinta (30) días calendario. En caso de no respuesta se informará del incumplimiento a la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Salud según corresponda, la inspección y vigilancia de la entidad administradora de los aportes patronales, para lo de su competencia.

Si vencido este término de los doce (12) meses dispuestos para concluir el proceso de saneamiento no se hubiere realizado el mismo, las entidades administradoras de aportes patronales girarán los recursos excedentes con el mecanismo financiero que determine el Ministerio de la Protección Social, sin perjuicio de los contratos que se hubieren ejecutado con cargo a estos recursos.

CAPÍTULO IV.

MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS.

ARTÍCULO 86. POLÍTICA FARMACÉUTICA, DE INSUMOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. El Ministerio de la Protección Social definirá la política farmacéutica, de insumos y dispositivos médicos a nivel nacional y en su implementación, establecerá y desarrollará mecanismos y estrategias dirigidas a optimizar la utilización de medicamentos, insumos y dispositivos, a evitar las inequidades en el acceso y asegurar la calidad de los mismos, en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 87. COMISIÓN NACIONAL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS - CNPMD. En adelante la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos de que trata el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, se denominará Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, y tendrá a su cargo la formulación y la regulación de la política de precios de medicamentos y dispositivos médicos.

ARTÍCULO 88. NEGOCIACIÓN DE MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DISPOSITIVOS. El Ministerio de la Protección Social establecerá los mecanismos para adelantar negociaciones de precios de medicamentos, insumos y dispositivos.

El Ministerio de la Protección Social establecerá los mecanismos para adelantar negociaciones que generen precios de referencia de medicamentos y dispositivos de calidad. En el caso que los mismos no operen en la cadena, el Gobierno Nacional podrá acudir a la compra directa. Las instituciones públicas prestadoras del servicio de salud no podrán comprar por encima de los precios de referencia.

ARTÍCULO 89. GARANTÍA DE LA CALIDAD DE MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. El Invima* garantizará la calidad, eficacia y seguridad de los medicamentos, insumos y dispositivos médicos que se comercialicen en el país de acuerdo con los estándares internacionales de calidad, reglamentación que hará el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El Gobierno Nacional tendrá un (1) año para expedir reglamentación para la aprobación de productos biotecnológicos y biológicos.

ARTÍCULO 90. GARANTÍA DE LA COMPETENCIA. El Gobierno Nacional deberá garantizar la competencia efectiva para la producción, venta, comercialización y distribución de medicamentos, insumos y dispositivos médicos podrá realizar o autorizar la importación paralela de estos, establecer límites al gasto y adelantar las gestiones necesarias para que la

población disponga de medicamentos, insumos y dispositivos médicos de buena calidad a precios accesibles.

El Gobierno Nacional, las entidades públicas y privadas podrán realizar compras centralizadas de medicamentos insumos y dispositivos médicos dentro y fuera del país y desarrollar modelos de gestión que permitan disminuir los precios de los medicamentos insumos y dispositivos médicos y facilitar el acceso de la población a estos.

ARTÍCULO 91. CODIFICACIÓN DE INSUMOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. El Ministerio de la Protección Social, expedirá en un plazo máximo de 6 meses, la norma que permita la codificación de los insumos y dispositivos médicos a los cuales el Invima haya otorgado registro sanitario y los que en el futuro autorice.

CAPÍTULO V.

ARTÍCULO 92. INSTITUTO DE EVALUACIÓN TECNOLÓGICA EN SALUD. Autorícese al Ministerio de la Protección Social la creación del Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud como una corporación sin ánimo de lucro de naturaleza mixta, de la cual podrán hacer parte, entre otros, las sociedades científicas y la Academia Nacional de Medicina, esta entidad será responsable de la evaluación de tecnologías en salud basada en la evidencia científica, guías y protocolos sobre procedimientos, medicamentos y tratamiento de acuerdo con los contenidos del Plan de Beneficios, sus orientaciones serán un referente para la definición de planes de beneficios, para los conceptos técnicos de los Comités Científicos y la Junta Técnico Científico y para los prestadores de los servicios de salud.

ARTÍCULO 93. OBJETIVOS DEL INSTITUTO DE EVALUACIÓN TECNOLÓGICA EN SALUD. Son objetivos del Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud:

93.1 Evaluar las tecnologías en materia de salud, teniendo en cuenta los siguientes aspectos: seguridad, eficacia, eficiencia, efectividad, utilidad e impacto económico.

93.2 Consultar las evaluaciones de tecnologías con Centros de Evaluación acreditados para la evaluación de tecnologías médicas nacionales e internacionales.

93.3 Articular la evaluación de los medios técnicos y de procedimientos para la promoción y atención en salud en sus fases de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación y su

impacto en la reducción de la morbilidad y mortalidad del país, así como el impacto potencial por la adopción de nuevas tecnologías.

93.4 Diseñar estándares, protocolos y guías de atención en salud, basados en evidencia científica, que sirvan de referente para la prestación de los servicios de salud.

93.5 Difundir las metodologías empleadas y la información producida.

93.6 Los demás que sean necesarios para el desarrollo de su objeto.

ARTÍCULO 94. REFERENTES BASADOS EN EVIDENCIA CIENTÍFICA. Son los estándares, guías, normas técnicas, conjuntos de acciones o protocolos que se adopten para una o más fases de la atención como promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, para la atención de una situación específica de la salud, basados en evidencia científica. Incluyen principalmente las evaluaciones de tecnologías en salud y las guías de atención integral que presentan el conjunto de actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos e insumos o dispositivos que procuran que la atención sea de calidad, segura y costo-efectiva.

ARTÍCULO 95. DE LOS PROTOCOLOS DE ATENCIÓN. La autoridad competente desarrollará como referentes basados en evidencia científica protocolos sobre procedimientos, medicamentos y tratamientos de acuerdo con los contenidos del Plan de Beneficios. Para su elaboración se consultará a los profesionales de la salud, las sociedades científicas, los colegios de profesionales y las facultades de salud.

ARTÍCULO 96. DE LAS GUÍAS DE ATENCIÓN. La autoridad competente desarrollará como referentes basados en evidencia científica guías de atención sobre procedimientos, medicamentos y tratamientos de acuerdo con los contenidos del Plan de Beneficios. Las guías médicas serán desarrolladas por la autoridad competente en coordinación con los profesionales de la salud, las sociedades científicas, los colegios de profesionales y las facultades de salud.

CAPÍTULO VI.

TALENTO HUMANO.

ARTÍCULO 97. DE LA POLÍTICA DE TALENTO HUMANO. El Ministerio de la Protección Social, teniendo en cuenta las recomendaciones del Consejo Nacional de Talento Humano en Salud, definirá la política de Talento Humano en Salud que oriente la formación, ejercicio y gestión de las profesiones y ocupaciones del área de la salud, en coherencia con las necesidades de la población colombiana, las características y objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO. La Política de Talento Humano en Salud consultará los postulados de trabajo decente de la OIT.

ARTÍCULO 98. DE LA FORMACIÓN CONTINUA DEL TALENTO HUMANO EN SALUD. El Gobierno Nacional establecerá los lineamientos para poner en marcha un sistema de formación continua para el Talento Humano en Salud, dando prioridad a la implementación de un programa de Atención Primaria para los agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que deberá implementarse en forma progresiva. Dicho programa contendrá módulos específicos para profesionales, técnicos, tecnólogos, auxiliares de la salud, directivos y ejecutivos de las direcciones territoriales de salud, Entidades Promotoras de Servicios de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios.

Concurrirán para este efecto las entidades territoriales, las sociedades científicas, los centros de formación, superior y media y los empleadores.

ARTÍCULO 99. DE LA PERTINENCIA Y CALIDAD EN LA FORMACIÓN DE TALENTO HUMANO EN SALUD. Modifíquese el artículo 13 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así:

“Artículo 13. De la pertinencia y calidad en la formación de Talento Humano en Salud. Las instituciones y programas de formación del Talento Humano en Salud buscarán el desarrollo de perfiles y competencias que respondan a las características y necesidades en salud de la población colombiana, a los estándares aceptados internacionalmente y a los requerimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, fundados en la ética, calidad, pertinencia y responsabilidad social. El Ministerio de la Protección Social desarrollará los mecanismos para definir y actualizar las competencias de cada profesión atendiendo las recomendaciones del Consejo Nacional de Talento Humano en Salud.

Los programas que requieran adelantar prácticas formativas en servicios asistenciales

deberán contar con escenarios de prácticas conformados en el marco de la relación docencia servicio. Esta relación se sustentará en un proyecto educativo de largo plazo compartido entre una institución educativa y una entidad prestadora de servicios, que integrará las actividades asistenciales, académicas, docentes y de investigación.

ARTÍCULO 100. HOSPITALES UNIVERSITARIOS. El Hospital Universitario es una Institución Prestadora de Salud que proporciona entrenamiento universitario, enfocado principalmente en programas de posgrado, supervisado por autoridades académicas competentes y comprometidas con las funciones de formación, investigación y extensión.

El Hospital Universitario es un escenario de práctica con características especiales por cuanto debe cumplir como mínimo con los siguientes requisitos:

100.1 Estar habilitado y acreditado, de acuerdo con el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad.

100.2 Tener convenios de prácticas formativas, en el marco de la relación docencia servicio, con instituciones de educación superior que cuenten con programas en salud acreditados.

100.3 Diseñar procesos que integren en forma armónica las prácticas formativas, la docencia y la investigación, a prestación de los servicios asistenciales.

100.4 Contar con servicios que permitan desarrollar los programas docentes preferentemente de posgrado.

100.5 Obtener y mantener reconocimiento nacional o internacional de las investigaciones en salud que realice la entidad y contar con la vinculación de por lo menos un grupo de investigación reconocido por Colciencias.

100.6 Incluir procesos orientados a la formación investigativa de los estudiantes y contar con publicaciones y otros medios de información propios que permitan la participación y difusión de aportes de sus grupos de investigación.

100.7 Contar con una vinculación de docentes que garanticen la idoneidad y calidad científica, académica e investigativa.

Los Hospitales Universitarios reconocidos conforme a la presente ley, tendrán prioridad en la participación en los proyectos de investigación, docencia y formación continua del Talento Humano financiados con recursos estatales.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. A partir del 1o de enero del año 2016 solo podrán denominarse Hospitales Universitarios, aquellas instituciones que cumplan con los requisitos definidos en este artículo.

ARTÍCULO 101. DE LA FORMACIÓN DE ESPECIALISTAS DEL ÁREA DE LA SALUD. Modifícase el artículo 30 de la Ley 1164 de 2007, adicionándole los siguientes incisos.

“Las instituciones que forman parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud promoverán y facilitarán la formación de especialistas en el área de la salud, conforme a las necesidades de la población y las características del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El Ministerio de la Protección Social definirá las condiciones, requisitos y procedimientos para la oferta, aprobación y asignación de cupos de prácticas formativas de los programas de especialización que impliquen residencia.

Los cupos de residentes de los programas de especialización en salud se aprobarán conforme a las normas que regulan la relación docencia servicio y, en todo caso, deberán corresponder a cargos empleos temporales no sujetos a carrera administrativa creados para tal fin en las Instituciones Prestadoras de Salud.

Se autoriza a las Instituciones Prestadoras de Salud públicas a crear cargos en sus plantas de personal para la formación de residentes, los cuales tendrán carácter temporal y no estarán sujetos a las normas de carrera administrativa. El Estado cofinanciará parte del costo de los cargos de residentes que cursen programas de especialización considerados prioritarios para el país, para lo cual los recursos del presupuesto nacional destinados a financiar el programa de becas crédito establecido en el parágrafo 1o del artículo 193 de la Ley 100 de 1993, se reorientarán a la financiación de los cargos contemplados en el presente artículo, el Gobierno Nacional determinará la contraprestación para estos.

Para las regiones donde no se cuenta con Entidades de Educación Superior, aquellos

profesionales de la salud que deseen especializarse podrán recibir becas financiadas con recursos de los entes territoriales y del Gobierno Nacional, suscribiendo convenios para prestar los servicios especializados durante un tiempo no inferior al requerido para la especialización en la región correspondiente. Estos profesionales tendrán prioridad de acceso a las especializaciones.

Para efectos administrativos y asistenciales, a los profesionales de la salud vinculados mediante la modalidad de residentes se les reconocerá conforme al título más alto obtenido y a la autorización para ejercer por la entidad competente.

Los programas de formación en el área de la salud serán aprobados considerando criterios de calidad y pertinencia de los mismos y la evaluación de la relación docencia-servicio y de los escenarios de práctica, según los estándares y procedimientos que definan los Ministerios de la Protección Social y de Educación Nacional, los cuales harán parte integral del Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior. Para determinar la pertinencia de los nuevos programas de formación en el área de la salud se requerirá concepto del Ministerio de la Protección Social.

ARTÍCULO 102. MATRÍCULAS DE RESIDENTES. El Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Educación Nacional establecerán las pautas para la supervisión coordinada a las instituciones de educación superior en lo referente al costo de las matrículas de los residentes de programas de especialización clínica.

ARTÍCULO 103. CONTRATACIÓN DEL PERSONAL MISIONAL PERMANENTE. El personal misional permanente de las Instituciones públicas Prestadoras de Salud no podrá estar vinculado mediante la modalidad de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Esta disposición entrará en vigencia a partir del primero (1o) de julio de dos mil trece (2013).

ARTÍCULO 104. AUTORREGULACIÓN PROFESIONAL. Modifícase el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así:

“Artículo 26. Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

Los profesionales de la salud tienen la responsabilidad permanente de la autorregulación. Cada profesión debe tomar a su cargo la tarea de regular concertadamente la conducta y actividades profesionales de sus pares sobre la base de:

1. El ejercicio profesional responsable, ético y competente, para mayor beneficio de los usuarios.
2. La pertinencia clínica y uso racional de tecnologías, dada la necesidad de la racionalización del gasto en salud, en la medida que los recursos son bienes limitados y de beneficio social.
4. No debe permitirse el uso inadecuado de tecnologías médicas que limite o impida el acceso a los servicios a quienes los requieran.
5. Las actividades profesionales y la conducta de los profesionales de la salud debe estar dentro de los límites de los Códigos de Ética Profesional vigentes. Las asociaciones científicas deben alentar a los profesionales a adoptar conductas éticas para mayor beneficio de sus pacientes.

ARTÍCULO 105. AUTONOMÍA PROFESIONAL. Entiéndase por autonomía de los profesionales de la salud, la garantía que el profesional de la salud pueda emitir con toda libertad su opinión profesional con respecto a la atención y tratamiento de sus pacientes con calidad, aplicando las normas, principios y valores que regulan el ejercicio de su profesión.

ARTÍCULO 106. PROHIBICIÓN DE PREBENDAS O DÁDIVAS A TRABAJADORES EN EL SECTOR DE LA SALUD. <Artículo modificado por el artículo 133 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas, dádivas a trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud y trabajadores independientes, sean estas en dinero o en especie, por parte

de las Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud, empresas farmacéuticas productoras, distribuidoras, comercializadoras u otros, de medicamentos, insumos, dispositivos y equipos, que no esté vinculado al cumplimiento de una relación laboral contractual o laboral formalmente establecida entre la institución y el trabajador de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Las empresas o instituciones que incumplan con lo establecido en el presente artículo serán sancionadas con multas que van de 100 a 500 SMMLV, multa que se duplicará en caso de reincidencia. Estas sanciones serán tenidas en cuenta al momento de evaluar procesos contractuales con el Estado y estarán a cargo de las entidades de Inspección, Vigilancia y Control con respecto a los sujetos vigilados por cada una de ellas.

PARÁGRAFO 2o. Los trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud que reciban este tipo de prebendas y/o dádivas, serán investigados por las autoridades competentes. Lo anterior, sin perjuicio de las normas disciplinarias vigentes”.

CAPÍTULO VII.

CALIDAD Y SISTEMAS DE INFORMACIÓN.

ARTÍCULO 107. GARANTÍA DE CALIDAD Y RESULTADOS EN LA ATENCIÓN EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE SALUD. En desarrollo del principio de calidad del Sistema General de Seguridad Social de Salud establecido en la presente ley, y en el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud, se definirá e implementará un plan nacional de mejoramiento de calidad, con clara orientación hacia la obtención de resultados que puedan ser evaluados. Dicho plan contendrá como mínimo:

107.1 La consolidación del componente de habilitación exigible a direcciones territoriales de salud, a los prestadores de servicios de salud, a Entidades Promotoras de Salud y a administradoras de riesgos profesionales, incluyendo el establecimiento de condiciones de habilitación para la conformación y operación de redes de prestación de servicios de salud;

107.2 El establecimiento de incentivos al componente de acreditación aplicable a las instituciones prestadoras de servicios de salud, Entidades Promotoras de Salud y direcciones territoriales de salud, y

107.3 El fortalecimiento del sistema de información para la calidad, a través de indicadores que den cuenta del desempeño y resultados de los prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud, con el fin de que los ciudadanos puedan contar con información objetiva para garantizar al usuario su derecho a la libre elección.

ARTÍCULO 108. INDICADORES EN SALUD. El Ministerio de la Protección Social deberá establecer indicadores de salud, tales como indicadores centinela y trazadores, así como indicadores administrativos que den cuenta del desempeño de las direcciones territoriales de salud, Entidades Promotoras de Salud, Administradoras de Riesgos Profesionales y de las Instituciones Prestadoras de Salud, con el fin de que los ciudadanos puedan contar con información objetiva que permita reducir las asimetrías de información y garantizar al usuario su derecho a la libre elección de los prestadores de servicios y aseguradores.

ARTÍCULO 109. OBLIGATORIEDAD DE AUDIENCIAS PÚBLICAS DE ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Todas las Entidades Promotoras de Salud y Empresas Sociales del Estado del sector salud y las Instituciones Prestadoras de Salud públicas, tienen la obligación de realizar audiencias públicas, por lo menos una vez al año, con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de su gestión. Para ello deberán presentar sus indicadores en salud, gestión financiera, satisfacción de usuarios y administración.

Las instituciones privadas prestadoras de servicios de salud deberán publicar anualmente por internet sus indicadores de calidad y de gestión en la forma que establezca el reglamento.

ARTÍCULO 110. INFORME DEL ESTADO ACTUAL DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. El Gobierno Nacional y la Superintendencia Nacional de Salud, en procura del proceso de transparencia y de publicidad en los servicios, sesenta días (60) después de entrada en vigencia la presente ley, deberán presentar un informe del estado actual de las Entidades Promotoras de Salud donde se dará a conocer aspectos, en relación con al cumplimiento de los giros a los prestadores, recaudo y cumplimiento del Plan de Beneficios.

ARTÍCULO 111. SISTEMA DE EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE DIRECCIONES TERRITORIALES DE SALUD, ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD E INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD. Como resultado de la aplicación de los indicadores, el Ministerio de la Protección Social desarrollará un sistema de evaluación y calificación de las direcciones territoriales de salud,

de Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud que permita conocer públicamente a más tardar el primero (1o) de marzo de cada año, como mínimo: número de quejas, gestión de riesgo, programas de prevención y control de enfermedades implementados, resultados en la atención de la enfermedad, prevalencia de enfermedades de interés en salud pública, listas de espera; administración y flujo de recursos.

Deberá también alimentarse de las metas de los planes de desarrollo nacional, y territoriales.

Se definirán igualmente indicadores de calidad en la atención, de calidad técnica y de satisfacción del usuario.

El incumplimiento de las condiciones mínimas de calidad dará lugar a la descertificación en el proceso de habilitación. En el caso de los entes territoriales se notificará a la SNS para que obre de acuerdo a su competencia.

ARTÍCULO 112. ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN. El Ministerio de la Protección Social, a través del Sistema Integrado de Información de la Protección Social (Sispro), articulará el manejo y será el responsable de la administración de la información.

Las bases de datos de afiliados en salud se articularán con las bases de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales, el Sisbén y de las Entidades Promotoras de Salud para identificar a los beneficiarios y su lugar de residencia, entre otras, dicha articulación deberá estar implementada antes del 31 de diciembre de 2012.

La identidad de los usuarios y beneficiarios se verificará mediante procesamiento y consulta de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La historia clínica única electrónica será de obligatoria aplicación antes del 31 de diciembre del año 2013, esta tendrá plena validez probatoria.

ARTÍCULO 113. SISTEMA DE INFORMACIÓN INTEGRADO DEL SECTOR SALUD. El Ministerio de la Protección Social junto con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones definirá y contratará un plan para que en un periodo menor a 3 años se garantice la conectividad de las instituciones vinculadas con el sector de salud en el marco

del Plan Nacional de Tecnologías de Información y Comunicaciones – TIC.

ARTÍCULO 114. OBLIGACIÓN DE REPORTAR. Es una obligación de las Entidades Promotoras de Salud, los prestadores de servicios de salud, de las direcciones territoriales de salud, las empresas farmacéuticas, las cajas de compensación, las administradoras de riesgos profesionales y los demás agentes del sistema, proveer la información solicitada de forma confiable, oportuna y clara dentro de los plazos que se establezcan en el reglamento, con el objetivo de elaborar los indicadores. Es deber de los ciudadanos proveer información veraz y oportuna.

ARTÍCULO 115. INDICADORES DE SALUD SOBRE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud deberán presentar anualmente a la Superintendencia Nacional de Salud información detallada sobre el estado de salud de los menores de edad afiliados.

ARTÍCULO 116. SANCIONES POR LA NO PROVISIÓN DE INFORMACIÓN. Los obligados a reportar que no cumplan con el reporte oportuno, confiable, suficiente y con la calidad mínima aceptable de la información necesaria para la operación del sistema de monitoreo, de los sistemas de información del sector salud, o de las prestaciones de salud (Registros Individuales de Prestación de Servicios), serán reportados ante las autoridades competentes para que impongan las sanciones a que hubiera lugar. En el caso de las Entidades Promotoras de Salud y prestadores de servicios de salud podrá dar lugar a la suspensión de giros, la revocatoria de la certificación de habilitación. En el caso de los entes territoriales se notificará a la Superintendencia Nacional de Salud para que obre de acuerdo a su competencia.

ARTÍCULO 117. ANÁLISIS DE CONDICIONES DE MERCADO A NIVEL REGIONAL. El Gobierno Nacional realizará análisis periódicos de las condiciones de competencia en el mercado de aseguradores y prestadores, así como de las tarifas de prestación de servicios, a nivel territorial.

TÍTULO VII.

INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL.

ARTÍCULO 118. DESCONCENTRACIÓN. Con el fin de tener mayor efectividad en las actividades del sistema de inspección, vigilancia y control, la Superintendencia Nacional de Salud se desconcentrará y adicionalmente podrá delegar sus funciones a nivel departamental o distrital.

La Superintendencia Nacional de Salud ejecutará sus funciones de manera directa o por convenio interadministrativo con las direcciones departamentales o distritales de salud, acreditadas, en el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad, las cuales para los efectos de las atribuciones correspondientes responderán funcionalmente ante el Superintendente Nacional de Salud.

Las direcciones departamentales o distritales de salud, presentarán en audiencia pública semestral y en los plazos que la Superintendencia establezca, los informes que esta requiera. El incumplimiento de esta función dará lugar a multas al respectivo Director de hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales y en caso de reincidencia podrá dar lugar a la intervención administrativa.

La Superintendencia Nacional de Salud implementará procedimientos participativos que permitan la operación del sistema de forma articulada, vinculando las personerías, la Defensoría del Pueblo, las contralorías y otras entidades u organismos que cumplan funciones de control.

La Superintendencia Nacional de Salud podrá delegar la facultad sancionatoria para que las entidades del nivel departamental o distrital surtan la primera instancia de los procesos que se adelanten a las entidades e instituciones que presten sus servicios dentro del territorio de su competencia.

PARÁGRAFO. Dadas las funciones que deba asumir la Superintendencia Nacional de Salud definidas por esta ley el Gobierno Nacional adelantará las acciones que le permitan su fortalecimiento y reestructuración.

ARTÍCULO 119. RECURSOS PARA FORTALECER LAS FUNCIONES DE INSPECCIÓN VIGILANCIA Y CONTROL. Los recursos a que se refiere el literal e) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 se destinarán a la Superintendencia Nacional de Salud para que ejerza la inspección, vigilancia y control en las entidades territoriales. El recaudo al que hace referencia el presente inciso,

será reglamentado por el Gobierno Nacional, por primera vez, dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. Los recursos del régimen subsidiado destinados por los municipios y distritos a la Superintendencia Nacional de Salud para que ejerza la inspección, vigilancia y control en las entidades territoriales, se incrementarán del 0.2% al 0.4%, que serán descontados de los recursos que del Sistema General de Participaciones para Salud se destinen a los subsidios a la demanda o de los recursos de la subcuenta de Solidaridad del Fosyga, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Los recursos a que se refiere el inciso 1o del literal e) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 se aplicarán a la auditoría para el cumplimiento del seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados y el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios. Para este efecto la Superintendencia Nacional de Salud, acreditará empresas de interventoría con las cuales contratarán los municipios mediante concurso de méritos. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá vigilancia sobre el proceso y ejecución de esta contratación.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 2o. Mientras se reglamentan las funciones de auditoría, las empresas que hoy están prestando el servicio podrán continuar haciéndolo.

ARTÍCULO 120. RECURSOS POR MULTAS. Las multas impuestas por la Superintendencia Nacional de Salud serán apropiadas en el Presupuesto General de la Nación como recursos adicionales de la Superintendencia Nacional de Salud.

ARTÍCULO 121. SUJETOS DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Serán sujetos de inspección, vigilancia y control integral de la Superintendencia Nacional de Salud:

121.1 Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, las Empresas Solidarias, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las actividades de salud que realizan las aseguradoras, las Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las entidades adaptadas de Salud, las administradoras de riesgos profesionales en sus actividades de salud. Las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud, sin perjuicio de las

competencias de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

121.2 Las Direcciones Territoriales de Salud en el ejercicio de las funciones que las mismas desarrollan en el ámbito del sector salud, tales como el aseguramiento, la inspección, vigilancia y control, la prestación de servicios de salud y demás relacionadas con el sector salud.

121.3 Los prestadores de servicios de salud públicos, privados o mixtos.

121.4 La Comisión de Regulación en Salud y el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, o quienes hagan sus veces.

121.5 Los que exploten, produzcan, administren u operen, bajo cualquier modalidad, el monopolio rentístico de loterías, apuestas permanentes y demás modalidades de los juegos de suerte y azar.

121.6 Los que programen, gestionen, recauden, distribuyan, administren, transfieran o asignen los recursos públicos y demás arbitrios rentísticos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

121.7 Las rentas que produzcan cervezas, sifones, refajos, vinos, aperitivos y similares y quienes importen licores, vinos, aperitivos y similares y cervezas.

121.8 Los que exploten, administren u operen, bajo cualquier modalidad, el monopolio rentístico de los licores.

ARTÍCULO 122. PRESENTACIÓN DE INFORMES FINANCIEROS DE LAS ENTIDADES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Para la vigilancia y control de las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud, y otros actores del sistema deberán presentar los estados financieros consolidados del grupo económico, incluyendo todas las entidades subordinadas que directa o indirectamente reciban recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 123. CONTROL A LOS DEBERES DE LOS EMPLEADORES Y OTRAS PERSONAS OBLIGADAS A COTIZAR. La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), verificará el cumplimiento de los deberes de los

empleadores y otras personas obligadas a cotizar, en relación con el pago de las cotizaciones a la seguridad social.

La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993 por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

ARTÍCULO 124. EJE DE ACCIONES Y MEDIDAS ESPECIALES. El numeral 5 del artículo 37 de la Ley 1122 de 2007, quedará así:

“5. Eje de acciones y medidas especiales. Su objetivo es adelantar los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplen funciones de Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza y monopolios rentísticos cedidos al sector salud no asignados a otra entidad, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud. Tratándose de liquidaciones voluntarias, la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá inspección, vigilancia y control sobre los derechos de los afiliados y los recursos del sector salud. En casos en que la Superintendencia Nacional de Salud revoque el certificado de autorización o funcionamiento que le otorgue a las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Salud, deberá decidir sobre su liquidación”.

ARTÍCULO 125. CESACIÓN PROVISIONAL. El Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar de manera inmediata, a la entidad competente, la medida cautelar de cesación provisional de las acciones que pongan en riesgo la vida o la integridad física de los pacientes o el destino de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las medidas señaladas anteriormente se adoptarán mediante acto administrativo motivado y dará lugar al inicio del proceso administrativo ante el Superintendente Nacional de Salud.

“e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

Modificar el párrafo 2o del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

ARTÍCULO 127. MEDIDAS CAUTELARES EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Adicionar un nuevo párrafo al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 así:

“Párrafo 3o. La Superintendencia Nacional de Salud, deberá:

1. Ordenar, dentro del proceso judicial, las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema.
2. Definir en forma provisional la Entidad a la cual se entiende que continúa afiliado o atendido el demandante mientras se resuelve el conflicto que se suscite en materia de afiliación múltiple y movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para tal efecto, el funcionario competente en ejercicio de las funciones jurisdiccionales consultará, antes de emitir su fallo definitivo o la medida cautelar, la doctrina médica, las guías, los protocolos o las recomendaciones del Comité Técnico-Científico, según sea el caso”.

ARTÍCULO 128. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO. La Superintendencia Nacional de Salud aplicará las multas o la revocatoria de la licencia de funcionamiento realizando un proceso administrativo sancionatorio consistente en la solicitud de explicaciones en un plazo de cinco (5) días hábiles después de recibida la información, la práctica de las pruebas a que hubiere lugar en un plazo máximo de quince (15) días calendario, vencido el término probatorio las partes podrán presentar alegatos de conclusión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. La Superintendencia dispondrá de un término de diez (10) días calendario después del vencimiento del término para presentar alegatos de conclusión para imponer la sanción u ordenar el archivo de las actuaciones. Si no hubiere lugar a decretar pruebas, se obviará el término correspondiente. La sanción será susceptible de los recursos contenidos en el Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO. Con sujeción a lo anterior y teniendo en cuenta en lo que no se oponga, lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante acto administrativo, desarrollará el procedimiento administrativo sancionatorio, respetando los derechos al debido proceso, defensa, contradicción y doble instancia.

ARTÍCULO 129. NORMAS DE PROCEDIMIENTO INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA. El Gobierno Nacional reglamentará las normas de procedimiento a aplicar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud en los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación, administración u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud cualquiera sea la denominación que le otorgue el ente territorial en los términos de la ley y los reglamentos.

ARTÍCULO 130. CONDUCTAS QUE VULNERAN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y EL DERECHO A LA SALUD. La Superintendencia Nacional de Salud, impondrá

multas en las cuantías señaladas en la presente ley o revocará la licencia de funcionamiento, si a ello hubiere lugar, a las personas naturales y jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de su vigilancia, así como a título personal a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quien haga sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos del sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado de las entidades vigiladas por dicha Superintendencia, cuando violen las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre otras, por incurrir en las siguientes conductas:

130.1 Violar la Ley 1098 de 2006 en lo relativo a la prestación de servicios de salud.

130.2 Aplicar preexistencias a los afiliados por parte de la Entidad Promotora de Salud.

130.3 Impedir u obstaculizar la atención inicial de urgencias.

130.4 Poner en riesgo la vida de las personas de especial protección constitucional.

130.5 No realizar las actividades en salud derivadas de enfermedad general, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, accidentes de tránsito y eventos catastróficos.

130.6 Impedir o atentar en cualquier forma contra el derecho a la afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, por parte del empleador y, en general, por cualquier persona natural o jurídica.

130.7 Incumplir las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia, así como por la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

130.8 Incumplir con las normas de afiliación por parte de los empleadores, contratistas, entidades que realizan afiliaciones colectivas o trabajadores independientes.

130.9 Incumplir la Ley 972 de 2005.

130.10 Efectuar por un mismo servicio o prestación un doble cobro al Sistema General de

Seguridad Social en Salud.

130.11 Efectuar cobros al Sistema General de Seguridad Social en Salud con datos inexactos o falsos.

130.12 No reportar oportunamente la información que se le solicite por parte del Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, por o por la Comisión de Regulación en Salud o quien haga sus veces.

130.13 Obstruir las Investigaciones e incumplir las obligaciones de información.

130.14 Incumplir con el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 131. VALOR DE LAS MULTAS POR CONDUCTAS QUE VULNERAN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y EL DERECHO A LA SALUD. Además, de las acciones penales, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, las multas a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quienes hagan sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado oscilarán entre diez (10) y doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes y su monto se liquidará teniendo en cuenta el valor del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la resolución sancionatoria.

Las multas a las personas jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud se impondrán hasta por una suma equivalente a dos mil quinientos (2.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y su monto se liquidará teniendo en cuenta el valor del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la resolución sancionatoria.

Las multas se aplicarán sin perjuicio de la facultad de revocatoria de la licencia de funcionamiento cuando a ello hubiere lugar.

ARTÍCULO 132. MULTAS POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN APLICABLE AL CONTROL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. La Superintendencia de Industria y

Comercio impondrá multas hasta de cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMLMV) a cualquiera de las entidades, agentes y actores de las cadenas de producción, distribución, comercialización y otras formas de intermediación de medicamentos, dispositivos médicos o bienes del sector salud, sean personas naturales o jurídicas, cuando infrinjan el régimen aplicable al control de precios de medicamentos o dispositivos médicos. Igual sanción se podrá imponer por la omisión, renuencia o inexactitud en el suministro de la información que deba ser reportada periódicamente.

Cuando se infrinja el régimen de control de precios de medicamentos y dispositivos médicos acudiendo a maniobras tendientes a ocultar a través de descuentos o promociones o en cualquier otra forma el precio real de venta, se incrementará la multa de una tercera parte a la mitad.

ARTÍCULO 133. MULTAS POR NO PAGO DE LAS ACREENCIAS POR PARTE DEL FOSYGA O LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD. La Superintendencia Nacional de Salud impondrá multas entre cien (100) y dos mil quinientos (2.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando el Fosyga, injustificadamente, no gire oportunamente de acuerdo con los tiempos definidos en la ley, las obligaciones causadas por prestaciones o medicamentos o cuando la Entidad Promotora de Salud no gire oportunamente a una Institución Prestadora de Salud las obligaciones causadas por actividades o medicamentos. En caso de que el comportamiento de las Entidades Promotoras de Salud sea reiterativo será causal de pérdida de su acreditación.

PARÁGRAFO. El pago de las multas que se impongan a título personal debe hacerse con recursos de su propio patrimonio y, en consecuencia, no se puede imputar al presupuesto de la entidad de la cual dependen, lo que procederá siempre que se pruebe que hubo negligencia por falta del funcionario.

ARTÍCULO 134. DOSIFICACIÓN DE LAS MULTAS. Para efectos de graduar las multas previstas en la presente ley, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

134.2 La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, en especial, respecto de personas en debilidad manifiesta o con protección constitucional reforzada.

134.3 Poner en riesgo la vida o la integridad física de la persona.

134.4 En función de la naturaleza del medicamento o dispositivo médico de que se trate, el impacto que la conducta tenga sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

134.5 El beneficio obtenido por el infractor con la conducta en caso que este pueda ser estimado.

134.6 El grado de colaboración del infractor con la investigación.

134.7 La reincidencia en la conducta infractora.

134.8 La existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de Seguridad Social en Salud, al régimen de control de precios de medicamentos o dispositivos médicos.

134.9 Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta y los motivos determinantes del comportamiento.

ARTÍCULO 135. COMPETENCIA DE CONCILIACIÓN. La Superintendencia Nacional de Salud podrá actuar como conciliadora de oficio o a petición de parte en los conflictos que surjan entre el administrador del Fosyga, las Entidades Promotoras de Salud, los prestadores de servicios, las compañías aseguradoras del SOAT y entidades territoriales.

TÍTULO VIII.

DE LOS USUARIOS DEL SISTEMA.

ARTÍCULO 136. POLÍTICA NACIONAL DE PARTICIPACIÓN SOCIAL. El Ministerio de la Protección Social definirá una política nacional de participación social que tenga como objetivos:

136.1 Fortalecer la capacidad ciudadana para intervenir en el ciclo de las políticas públicas de salud: diseño, ejecución, evaluación y ajuste.

136.2 Promover la cultura de la salud y el autocuidado, modificar los factores de riesgo y estimular los factores protectores de la salud.

136.3 Incentivar la veeduría de recursos del sector salud y el cumplimiento de los planes de beneficios.

136.4 Participar activamente en los ejercicios de definición de política.

136.5 Participar activamente en los ejercicios de presupuestación participativa en salud.

136.6 Defender el derecho de la salud de los ciudadanos y detectar temas cruciales para mejorar los niveles de satisfacción del usuario.

ARTÍCULO 137. DEFENSOR DEL USUARIO DE LA SALUD. Para financiar el Defensor del Usuario en Salud de que trata el artículo 42 de la Ley 1122 de 2007, la tasa establecida en el artículo 98 de la Ley 488 de 1998, deberá incluir el costo que demanda su organización y funcionamiento.

ARTÍCULO 138. ANTITRÁMITES EN SALUD. El Gobierno Nacional, dentro de los doce (12) meses siguientes a la promulgación de esta ley, deberá adoptar un Sistema Único de Trámites en Salud que incluirá los procedimientos y formatos de la afiliación y el recaudo, así como de la autorización, registro, auditoría, facturación y pago de los servicios de salud.

ARTÍCULO 139. DEBERES Y OBLIGACIONES. Los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud deberán cumplir los siguientes deberes y obligaciones:

139.1 Actuar frente al sistema y sus actores de buena fe.

139.2 Suministrar oportuna y cabalmente la información que se les requiera para efectos del servicio.

139.3 Informar a los responsables y autoridades de todo acto o hecho que afecte el sistema.

139.4 Procurar en forma permanente por el cuidado de la salud personal y de la familia y promover las gestiones del caso para el mantenimiento de las adecuadas condiciones de la salud pública.

139.5 Pagar oportunamente las cotizaciones e impuestos y, en general, concurrir a la financiación del sistema.

139.6 Realizar oportuna y cabalmente los pagos moderadores, compartidos y de recuperación que se definan dentro del sistema.

139.7 Contribuir según su capacidad económica al cubrimiento de las prestaciones y servicios adicionales a favor de los miembros de su familia y de las personas bajo su cuidado.

139.8 Cumplir las citas y atender los requerimientos del personal administrativo y asistencial de salud, así como brindar las explicaciones que ellos les demanden razonablemente en ejecución del servicio.

139.9 Suministrar la información veraz que se le demande y mantener actualizada la información que se requiera dentro del sistema en asuntos administrativos y de salud.

139.10 Participar en las instancias de deliberación, veeduría y seguimiento del sistema.

139.11 Hacer un uso racional de los recursos del sistema.

139.12 Respetar a las personas que ejecutan los servicios y a los usuarios.

139.13 Hacer uso, bajo criterios de razonabilidad y pertinencia, de los mecanismos de defensa y de las acciones judiciales para el reconocimiento de derechos dentro del sistema.

139.14 Participar en los procesos de diseño y evaluación de las políticas y programas de salud; así como en los ejercicios de presupuestación participativa en salud.

TÍTULO IX.

OTRAS DISPOSICIONES.

ARTÍCULO 140. ENFERMEDADES HUÉRFANAS. Modifícase el artículo 2o de la Ley 1392 de 2010, así:

“Artículo 2o. Denominación de las enfermedades huérfanas. Las enfermedades huérfanas son aquellas crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 5.000 personas, comprenden, las enfermedades raras, las ultrahuérfanas y olvidadas. Las enfermedades olvidadas son propias de los países en desarrollo y afectan ordinariamente a la población más pobre y no cuentan con tratamientos eficaces o adecuados y accesibles a la población afectada.

PARÁGRAFO. Con el fin de mantener unificada la lista de denominación de las enfermedades huérfanas, el Ministerio de la Protección Social emitirá y actualizará esta lista cada dos años a través de acuerdos con la Comisión de Regulación en Salud (CRES), o el organismo competente”.

ARTÍCULO 141. DE LOS SERVICIOS QUE PRESTAN LAS CUIDADORAS Y LOS CUIDADORES AL INTERIOR DEL HOGAR. Los servicios que prestan las cuidadoras y los cuidadores al interior del hogar relacionados con el autocuidado y mutuo cuidado de la salud de todos los miembros del hogar, serán registrados en las cuentas nacionales de salud de manera periódica y pública, según los criterios que defina el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Este reconocimiento no implicará gastos por parte del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO. De acuerdo con lo ordenado por la Ley 1413 de 2010, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística hará una encuesta de uso del tiempo que permitirá contabilizar el monto al que hace alusión el artículo anterior.

ARTÍCULO 142. DIFUSIÓN Y CAPACITACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA LEY. El Ministerio de la Protección Social, con las entidades adscritas y vinculadas al sector salud, deberá organizar y ejecutar un programa de difusión del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de capacitación a las autoridades locales, las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras, trabajadores y, en general, a los usuarios que integren el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 143. PRUEBA DEL ACCIDENTE EN EL SOAT. Para la prueba del accidente de tránsito ante la aseguradora del SOAT, será suficiente la declaración del médico de urgencias sobre este hecho, en el formato que se establezca para el efecto por parte del Ministerio de la Protección Social, sin perjuicio de la intervención de la autoridad de tránsito y de la posibilidad de que la aseguradora del SOAT realice auditorías posteriores.

PARÁGRAFO. SISTEMA DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL SOAT. El Gobierno Nacional reglamentará en un término de seis (6) meses, el Sistema de Reconocimiento y pago de la atención de las víctimas de accidentes de tránsito (SOAT), disminuyendo los trámites, reduciendo los agentes intervinientes, racionalizando el proceso de pago y generando eficiencia y celeridad en el flujo de los recursos.

ARTÍCULO 144. DE LA REGLAMENTACIÓN E IMPLEMENTACIÓN. El Gobierno Nacional en un lapso no mayor de un mes a partir de la vigencia de la presente ley, establecerá un cronograma de reglamentación e implementación de la presente ley y la Ley 1164 de 2007, mediante acto administrativo.

El Gobierno Nacional tendrá hasta seis (6) meses a partir de la vigencia de esta ley para reglamentar y aplicar los artículos 26, 29, 31, 50 y 62 de la misma; y de hasta doce (12) meses para el artículo 118.

ARTÍCULO 145. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias, en especial los párrafos de los artículos 171, 172, 175, 215 y 216 numeral 1 de la Ley 100 de 1993, el párrafo del artículo 3o, el literal (c) del artículo 13, los literales (d) y (j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 121 del Decreto-ley 2150 de 1995, el numeral 43.4.2 del artículo 43 y los numerales 44.1.7, 44.2.3 del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, así como los artículos relacionados con salud de Ley 1066 de 2006.

ARMANDO ALBERTO BENEDETTI VILLANEDA.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

CARLOS ALBERTO ZULUAGA DÍAZ.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA – GOBIERNO NACIONAL

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 19 de enero de 2011.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

JUAN CARLOS ECHEVERRY GARZÓN.

El Ministro de la Protección Social,

MAURICIO SANTA MARÍA SALAMANCA.

2. La demanda.

A juicio del actor el cuerpo normativo demandado vulnera los artículos 152 y 153 de la Constitución Política.

En primer lugar hace una extensa referencia al derecho a la salud y al contexto normativo que lo desarrolla, conformado por el artículos 44 y 49 constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos especialmente el PIDESC, la Observación general 14 del Comité DESC, el Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Código Iberoamericano de Seguridad Social, y otros instrumentos internacionales en la materia tales como la Declaraciones de Doha, Lisboa y Alma Ata. También hace mención de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre este derecho. Del contexto normativo enunciado concluye que la salud es un derecho humano fundamental, que además guarda estrecha relación con principios fundantes del Estado colombiano, tales como el de estado social de derecho, dignidad humana y solidaridad.

Por tratarse de un derecho fundamental, afirma el demandante, goza del régimen especial constitucionalmente previsto para esta categoría normativa, uno de cuyos componentes es la reserva de ley estatutaria para su regulación, de conformidad con los artículos 152 literal a y 153 constitucionales. Explica que además de las mayorías especiales esta modalidad legislativa supone un control previo por parte de la Corte Constitucional, que debe surtirse antes de la sanción presidencial.

Hace luego referencia a que la Ley 1438 de 2011 introduce modificaciones al sistema general de seguridad social en salud. Explica que esta ley fue tramitada como ley ordinaria a pesar

de la materia que trata, el derecho fundamental a la salud. Concluye por lo tanto que la ley demandada desconoce la reserva de ley estatutaria en materia de regulación de derechos fundamentales, establecida por los artículos 152 y 153 constitucionales y solicita por lo tanto sea declarada inexecutable en su totalidad.

3. Intervenciones oficiales y ciudadanas.

Debido a las numerosas intervenciones que fueron allegadas al expediente, a continuación se agrupan en dos acápite los principales argumentos expuestos por los intervinientes¹.

Los ciudadanos Juan Guillermo Sánchez Gallego, Sergio Robledo Riaga, Nohora Maritza Riaga de Robledo, Orlando Loaiza Ramírez, Esteban Zárate Durier, Luis Fernando Muñoz Ramírez, Aylardo Gonzáles Gálvez, Lenny María Patiño Gallego, María Emilse Gómez, Josefina Valencia, Ever Funieles, Luz Dary Aristizabal, Luis Carlos Naranjo, José Fernando Vélez Londoño, Victoria Uribe, Walter Gallego, Elizabeth Moreno Ibarra, Luz Elena Ibarra de Moscoso, Pedro Chaverra, Martín Eleazar Villa Quintero, Eustagio López Garcés, Fabio Henao, Sara Fernández, Hernando Jaramillo, Elsy Godoy López, Yadira Borrero, Mónica Sierra, Jorge Andrés Illera Cajiao, Luz Amparo Rodríguez, Diana Marcela Peñaranda, Tania Vanesa Eslava, Juan Fernando Arenas, Juan Camilo Acosta, Esperanza Morales Correa, Álvaro Jiménez Millán, Julián Álvarez Ruiz, Adriana Cortés García, además de otros ciudadanos que suscriben escritos de intervención en nombre de organizaciones no gubernamentales y asociaciones de diversa índole, presentaron escritos mediante los cuales coadyuvan la demanda de la referencia y solicitan la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1438 de 2011.

Los intervinientes presentaron distintos argumentos para justificar esa pretensión, algunos de ellos no relacionados con los cargos formulados por el demandante, por tal razón en primer lugar se resumirán aquellos relacionados con la vulneración de la reserva de ley estatutaria y luego se hará referencia a los restantes.

Consideran intervinientes que la ley demandada vulnera la reserva de ley estatutaria por las siguientes razones:

1. La Ley 1438 de 2011 regula el derecho fundamental a la salud en sí mismo y no simples

asuntos relacionados con él, pues: Por un aparte define en su objeto la determinación “de un modelo de prestación del servicio público en salud” y “se incluyen las disposiciones para establecer la unificación del Plan de Beneficios para todos los residentes” (art. 1°); se refiere a la orientación del sistema general de seguridad social en salud (art. 2°); establece los principios del sistema general de seguridad social en salud (art. 3°). Además regula la atención en salud: adopta la estrategia de la atención primaria en salud (art. 12), define los elementos para su implementación (art.13), el fortalecimiento de los servicios de baja complejidad (art. 14) y los equipos básicos de salud “como un concepto funcional y organizativo que permita facilitar el acceso a los servicios de salud en el marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud” (arts. 15 y 16). Establece la manera de acceder al servicio (Título IV); la actualización del plan de beneficios (art. 25), los procedimientos para acceder a la provisión de servicios por condiciones particulares, extraordinarios y que se requieren con necesidad (arts. 26 y 27), la administración del régimen subsidiado (Título IV Capítulo IV); los planes voluntarios de salud (Título VI Capítulo IV). Dispone acerca del financiamiento del régimen de seguridad social en salud y la provisión de recursos para el sector salud (Título V). Regula la prestación de los servicios de salud: adopta normas sobre prohibición de limitaciones al acceso (art. 53), el restablecimiento de la salud de las mujeres víctimas de la violencia (art. 54), la prohibición de multas por inasistencia a citas médicas (art. 55), el acceso a los servicios de salud a través de redes integradas de servicios de salud (Título VI Capítulo IV). Asigna funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de salud para decidir sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo (art. 126); tipifica conductas que vulneran el sistema de seguridad social en salud y el derecho a la salud (Art. 130). Contempla normas sobre los usuarios del sistema, sus deberes y obligaciones, el defensor del usuario (Título VIII). Se refiere a las enfermedades huérfanas, a las cuidadoras y cuidadores al interior del hogar, a la prueba del accidente para acceder a los servicios de salud en el SOAT (Título IX). Se trata de disposiciones que regulan “el derecho fundamental en sí mismo” pues a su juicio “delimitan el contenido y el alcance de los derechos subjetivos que podrán ser ejercidos por los afiliados frente al sistema de seguridad social en salud; las previsiones para la nivelación de beneficios entre los regímenes contributivo y subsidiado; los principios del sistema; la manera de acceder al servicio y, por ende, de hacer efectivo el derecho a la salud; los mecanismos para la protección el derecho.”²

2. Se presentan notables coincidencias entre el texto de algunos artículos de la Ley 1438 de

2011 y el proyecto de ley estatutaria publicado por el Ministerio de Protección Social visible en una página web, por lo tanto el Gobierno nacional tenía la intención de tramitar algunas disposiciones de la Ley 1438 de 2011 mediante el procedimiento previsto para las leyes estatutaria.

3. El Título III de la Ley 1438 de 2011 aborda temas relacionados con el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños al establecer un plan especial y diferenciado para ellos, buscando garantizar “la efectiva prevención, detección temprana y tratamiento adecuado de enfermedades” estructurado “de acuerdo con los ciclos vitales de nacimiento: prenatal a menores de seis (6) años, de seis (6) a menores de catorce (14) años y de catorce (14) a menores de dieciocho (18) años.”

4. La ley 1438 de 2011 no es simplemente una regulación parcial del SGSSS, sino se trata más bien de una regulación en detalle que busca cubrir, sino toda, gran parte de los aspectos que rodean la prestación del servicio de seguridad social en salud, para lo cual aborda una gran cantidad de conceptos en sus 145 artículos y 21 principios. Es decir, abarca muchos más temas que la misma Ley 100 de 1993, razón por la cual demandaba una mayor atención y consenso en su proceso de formación y discusión.

5. El objeto y estructura de la ley 1438 del 2011 llevan a que a lo largo de todo su articulado se regulen aspectos esenciales, en cuanto a prevención, atención y promoción del derecho a la salud, su universalidad y sujetos de especial protección. Lo anterior, se evidencia en el título segundo “salud pública, promoción y prevención en salud y atención primaria en salud”, en el título tercero “atención preferente y diferencial para la infancia y adolescencia”, y en el título cuarto, capítulo tercero “universalización del aseguramiento”.

6. La Ley 1438 regula subcomponentes de atención en salud (aseguramiento y salud pública) que requieren de una ley estatutaria previa, la cual ha de servir de referente o debe señalar las pautas de regulación a seguir por la ley ordinaria.

7. Afirman que de la lectura de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es posible identificar ciertos criterios para determina si la Ley 1438 de 2011 vulneró la reserva de ley estatutarias, tales criterios son: (1) si complementa y desarrolla el derecho a la salud; (2) si regula elementos estructurales esenciales del derecho a la salud; (3) si regula de forma directa el ejercicio del derecho a la salud y también el desarrollo de su ámbito a partir del

núcleo esencial definido en la Constitución; (4) si se refiere a los contenidos más cercanos al núcleo esencial del derecho a la salud; (5) si regula aspectos inherentes al ejercicio del derecho a la salud y principalmente verificar si consagra límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten su núcleo esencial; (6) si asume de manera integral, estructural y completa la regulación del derecho a la salud; (7) si alude a la estructura general y principios reguladores pero no al desarrollo integral y detallado, regulando así la estructura fundamental y los principios básicos del derecho a la salud; (8) si trata situaciones principales e importantes de un derecho fundamental; (9) si incurre en una práctica discriminatoria que no esté amparada por un criterio de razón suficiente.

8. Al examinar la ley demandada a la luz de los criterios previamente propuestos concluyen que se vulnera la reserva de ley estatutaria porque “si bien existe una libertad legislativa en temas de regulación del SGSSS que pueden ser manejados por ley ordinaria, dicha libertad no puede extenderse para tratar temas de ley estatutaria, tales como el de complementar y desarrollar el derecho a la salud, al buscar ampliar su marco de acción y eficacia (criterio 1); establecer políticas diferenciadoras de atención a población vulnerable como son los niños que en un momento dado pueden ver limitado su derecho o ser objeto de excepciones que tiendan restringir o ver diferenciado el núcleo esencial de su derecho a la salud (criterio 5); regulación de aspectos de núcleo esencial en la perspectiva del sistema de seguridad social en salud en temas de aseguramiento y salud pública (criterios 3 y 4); articulación de componentes dispersos de la salud como la atención de población de escasos recursos (criterios 3 y 4); la gran cantidad de conceptos introducidos a lo largo de 145 artículos y la incorporación de 21 principios desarrollados que muestran una intención de regulación integral del SGSSS y no meramente parcial (criterio 6°) y; que definitivamente consagra, modifica e introduce principios básicos orientadores de todo el SGSSS, por lo tanto también del derecho a la salud y también de la APS (criterio 7)”³. Afirman que “estos aspectos exigían un trámite de ley estatutaria y no solo de ley ordinaria, pues al tratarse de temas tan cercanos al núcleo esencial del derecho a la salud, nuestro constituyente ha querido que exista un mayor consenso respetuoso de la opinión de las minorías en un proceso legislativo abanderado por las comisiones primeras de asuntos constitucionales de las dos cámaras y no a cargo de las séptimas, siguiendo un iter legislativo diferenciado que asegurara un mayor debate e ilustración y que permitiera la adopción de decisiones mucho más serias.”⁴

Adicionalmente los intervinientes también solicitan la declaratoria de inconstitucionalidad de

la ley porque la estiman regresiva en materia de la garantía del derecho fundamental a la salud. Justifican esta postura con los siguientes argumentos:

1. El objeto de la ley, señalado en el artículo 1º, es la “atención primaria en salud” con lo que según los intervinientes “los demás niveles de atención, los de mayor complejidad, se tornan asuntos residual, como si la salud de los colombianos hubiera de garantizarse sólo o principalmente en el primer nivel de complejidad”⁵. La misma expresión está contenida en los artículos 2, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 42 y 46 de la ley, esto refleja que la finalidad que persigue es robustecer los estados financieros de las empresas de salud y no está orientada a proteger la salud de los afiliados.

2. El Título I de la Ley 1438 de 2011 en su capítulo III, referente a los principios del sistema de seguridad social de la salud, modifica e introduce axiomas que dan un enfoque muy distinto al planteado en la Ley 100 de 1993, lo que provoca un retroceso en la protección del derecho a la salud y vulnera el PIDESC y el Código Iberoamericano de Seguridad Social. Hacen referencia específicamente a los cambios introducidos en los principios de universalidad y solidaridad, y en la introducción de un nuevo principio, el de sostenibilidad financiera.

3. Sobre este último principio afirman: “La introducción de un principio nuevo en materia de salud como lo es el de la sostenibilidad financiera, sin seguir los lineamientos de una ley estatutaria resulta preocupante, dado que al ser principio rector de la política de prestación del servicio en salud condicionará y restringirá la prestación del servicio de salud y el aseguramiento de los derechos de los beneficiarios del mismo, especialmente los sujetos de especial protección y población vulnerable en general, abriendo las puertas para que en determinados casos las EPS nieguen su prestación, desconociendo los alcances que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido al derecho a la salud en Colombia. Este principio constituye un condicionamiento a la prestación y la calidad del servicio de salud sujetándolo a los recursos fiscales del sistema, anteponiendo la sostenibilidad financiera a la protección y cobertura, todo lo cual constituye un retroceso en el aseguramiento y protección del derecho a la salud que no tiene justificación si tenemos en cuenta los recientes escándalos por malversación de fondo atribuidos a las principales EPS

del País. El hecho de que se anteponga la sostenibilidad financiera a los derechos de los usuarios vulnera el principio de progresividad al que se comprometió el estado Colombiano al suscribir el PIDESC.”⁶

4. Otros intervinientes consideran que el principio de sostenibilidad fiscal “abre una gran puerta para la privatización de los hospitales públicos, por cuanto determina unos mecanismos de calificación del desempeño fiscal de los hospitales que, de no ser satisfechos, llevarían a unos “planes de mejora” y, eventualmente, a la intervención de los hospitales. Por eso es importante establecer dispositivos claros de seguimiento a la operación y funcionamiento de los prestadores del servicio; valga decir, de robustecer las funciones de control y vigilancia en el manejo de los recursos.”⁷

También consignan argumentos relacionados con la inconveniencia de la regulación contenida en la Ley 1438 de 2011, pues consideran que este cuerpo normativo no contiene una adecuada regulación del derecho a la salud y no corrige las principales fallas reguladoras del sistema general de seguridad social en salud. Al respecto señalan que:

1. La sujeción del derecho a la salud a la sostenibilidad fiscal pone en riesgo su realización y efectividad, pues eleva el argumento de la falta de disponibilidad presupuestal a un rango constitucional, y le resta importancia a la obligación del Estado de invertir la mayor cantidad de recursos disponibles para garantizar la efectividad del derecho a la salud.

2. La ley no soluciona los problemas de calidad de la atención en salud. Millones de colombianos necesitan de una atención especializada que implica procedimientos especiales y medicamentos específicos, lo cual puede diluirse en criterios de costo - efectividad.

3. Tampoco soluciona los problemas de accesibilidad a servicios de salud están pendientes de solución. No se alivia la atención de urgencias en lugares remotos, las dificultades de desplazamiento, los problemas de información, recursos e infraestructura, las complicaciones en los registros ni el preocupante asunto de los recobros al FOSYGA.

5. La suma de los factores enunciados impacta negativamente los propósitos de inclusión socioeconómica y desarrollo de los colombianos, y con ello su calidad de vida, dado que la

salud es un derecho indispensable para el ejercicio de los demás derechos.

6. Mantiene un Plan de Beneficios -POS- limitado; los servicios no-POS ahora son denominados “extraordinarios”, de manera que el goce efectivo del derecho a la salud corre el riesgo de sufrir un retroceso más, específicamente para los afiliados al régimen contributivo, al abrir la posibilidad para la unificación de los planes de beneficios por la vía del recorte de los servicios de salud.

7. Define que para acceder a los servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, las personas deben pasar por dos instancias: los Comités Técnico Científicos, vinculados a las EPS, y posteriormente la Junta Médica de Pares. Esta doble instancia configura una nueva barrera para acceder a los servicios de salud, especialmente para acudir a la acción de tutela.

8. Genera mayor segmentación del derecho a la salud según capacidad de pago de las personas, a través de los “seguros voluntarios de salud” contemplados en la Ley 1438, para cubrir las prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios.

Finalmente algunos intervinientes formulan cargos específicos contra los artículos 26 y 27 de la Ley 1438 de 2011. Exponen que estas disposiciones son un obstáculo para la prestación de servicios especializados pues prolonga la espera del paciente para acceder a estos servicios y “porque el criterio definitorio de los Comités Técnicos y de la Junta de la Superintendencia para aprobar o negar determinado procedimiento o medicamento es el de la “sostenibilidad financiera”, en detrimento de la efectividad del derecho a la salud de los colombianos”⁸. Añaden que pese a establecerse el respeto a la autonomía médica “en la práctica se restringe, dado el conflicto de intereses entre el profesional de la salud y la EPS, que es su empleador”⁹ y que la “ley le otorga un sustento legal a la práctica de las EPS de considerar los servicios médicos especializados, complejos o específicos como “excepcionales” y de ordenar en consecuencia a los médicos que en la medida de lo posible nieguen sistemáticamente estos servicios para proteger las finanzas de la compañía. Así las cosas, los médicos, tanto los tratantes como aquellos que componen los Comités Técnico Científicos, ven restringida su autonomía porque se ven en el penoso dilema de o salvarle la vida a su paciente o cuidar los recursos de la empresa y mantener su empleo.”¹⁰

En el mismo sentido una ciudadana considera que la expresión “entidad promotora de

salud”, contenida en el artículo 26 del cuerpo normativo en cuestión, es inconstitucional porque constituye una barrera en el acceso en la provisión de servicios de salud de carácter extraordinario o no POS, pues faculta a la EPS a “tener un control total sobre el núcleo esencial del derecho a la salud de los colombianos, en contra del principio de imparcialidad y de objetividad” y pide que sea declarada inexecutable.¹¹

3.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones acusadas

Los ciudadanos Juan Manuel Charry Urueña, Juan Manuel Díaz Granados y Emma Macana presentaron escritos en defensa de las disposiciones acusadas, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Existe una consolidada línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en el sentido que no toda la regulación que toque aspectos relativos a derechos fundamentales está sujeta a la reserva de ley estatutaria, por cuanto ello vaciaría la competencia del legislador ordinario.

2. Citan el precedente de la sentencia C-408 de 1994 mediante la cual se declaró la exequibilidad de la Ley 100 de 1993 respecto del mismo cargo de violación de reserva de ley estatutaria. Sostienen que de conformidad de la ratio decidendi de la decisión previa “la legislación mediante la cual se regula el SGSSS, su régimen de beneficios, la regulación sobre los afiliados, la dirección del Sistema, de las IPS, de las Empresas Sociales del Estado, los regímenes contributivo y subsidiado, el FOSYGA y la vigilancia y control, entre otras, no son objeto de reglamentación mediante Ley Estatutaria por no corresponder a los elementos de derechos fundamentales que el legislador quiso someter a dicha categoría”¹². Concluyen que “teniendo en cuenta que la Ley 1438 de 2011 es una reforma a la Ley 100 de 1993, sería contradictorio considerar que esta debió regularse mediante ley estatutaria, cuando la Ley 100 ya fue juzgada por los mismos hechos, siendo declarada su exequibilidad”¹³.

3. La Ley 1438 de 2011 no tiene por objeto directo la regulación del núcleo esencial del derecho a la salud, sino que regula temas tales como los principios del SGSSS, la dirección, orientación y conducción del Sector Salud, la regulación del aseguramiento, los planes de beneficios, el financiamiento y las prestación del servicio, las Empresas Sociales del Estado,

las IPS, su relación con los aseguradores, modifica la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos de que trata el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, y dicta disposiciones relativas a la inspección, vigilancia y control, entre otros. Estiman que estos temas no son objeto de regulación mediante ley estatutaria, no solo por tratar materias semejantes a las contenidas en la Ley 100 de 1993, sobre las cuales la jurisprudencia constitucional ha señalado que no son objeto de esta modalidad de reserva, sino porque no toda la regulación que toque aspectos relativos a un derecho fundamental, debe hacerse por medio de ley estatutaria, por cuanto ello vaciaría la competencia del legislador ordinario y convertiría en regla la excepción de las mayorías cualificadas.

4. Sostienen que la Corte Constitucional ha señalado el carácter fundamental del derecho a la salud para ciertos sujetos que merecen una especial protección, pero que jurisprudencialmente se siguen planteando distintas posturas sobre la naturaleza de este derecho y por lo tanto no hay un consenso a nivel jurisprudencial sobre su iusfundamentalidad.

5. Concluyen que “la norma demandada resulta constitucional teniendo en cuenta que existe una reserva en materia de leyes estatutarias, que regulan asuntos de manera excepcional, y para el asunto de los derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido criterios de interpretación que permiten identificar los aspectos relacionados con derechos fundamentales que deben ser objeto de ley estatutaria, que para el presente caso, la estructura y objeto de la Ley 1438 de 2011, no afecta en lo correspondiente al núcleo esencial de los derechos fundamentales que en ella se tratan.”

4. Concepto del Procurador General de la Nación

Mediante Concepto C-5163, radicado en la Secretaría General de esta Corporación el primero (01) de junio de 2011, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte que se declare inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 1438 de 2011 por ineptitud sustancial de la demanda.

Considera que el actor no satisfizo las exigencias establecidas por el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 y precisadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que sea posible emitir una decisión de fondo.

Sostiene el Procurador que “en la demanda sub examine se omite hacer la confrontación necesaria entre el contenido de la ley y el contenido de la Constitución. Las consecuencias de esta omisión son visibles en la falta de certeza y especificidad del cargo planteado. La falta de certeza se advierte en la circunstancia de que el actor no funda su cargo en una proposición jurídica real y existente, sino en una apreciación subjetiva, al asumir por sí y para sí que cualquier regulación legal que tenga relación con la salud, sea cual sea, al ser éste un derecho fundamental, debe ser tramitada conforme al proceso previsto para la formación de las leyes estatutarias. La falta de especificidad se advierte en la circunstancia que el actor predica su cargo respecto de toda la ley, sin precisar en qué parte de su contenido se afecta el núcleo esencial del derecho a la salud, o sin siquiera indicar en qué parte se regula el derecho a la salud en tanto derecho fundamental.”

Afirma el Procurador que si en la demanda se hubiera hecho la confrontación omitida, el actor habría percibido que la ley no se ocupa de la salud como derecho fundamental, ni afecta su núcleo esencial, sino que se dedica a reformar las normas que regulan la prestación del servicio público de la salud en el marco administrativo previsto para la seguridad social.

Añade que en todo caso la ley demandada no vulnera el principio de reserva de ley estatutaria porque la jurisprudencia constitucional ha defendido que éste en el proceso de formación de la ley “se aplica de manera restrictiva, pues sólo resulta afectado cuando la ley toca o afecta el núcleo esencial del derecho fundamental o regula de manera íntegra, estructural o completa este derecho. Tanto el hecho de afectar el núcleo esencial de un derecho fundamental como la circunstancia de regularlo de manera íntegra, estructural o completa, son realidades objetivas, que deben indicarse y demostrarse, y no asuntos subjetivos que puedan suponerse y cuya demostración pueda omitirse, como lo pretende el actor.”

Concluye que la demanda presentada no cumple con los requisitos mínimos establecidos en la ley y decantados por la jurisprudencia, por esa razón la Corte debe declararse inhibida y no puede estudiar el fondo de la cuestión planteada.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte es competente para conocer del proceso de la referencia, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 241 numeral 4 de la Constitución Política.

2. El asunto bajo revisión

El demandante formula cargos de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 1438 de 2011. Discurre que la ley demandada regula el derecho a la salud, el cual, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y por tratados internacionales en materia de derechos humanos, es un derecho fundamental. Concluye por lo tanto que la ley demandada, al haber sido tramitada mediante el procedimiento establecido para las leyes ordinarias, desconoce la reserva de ley estatutaria en materia de regulación de derechos fundamentales, establecida por los artículos 152 y 153 constitucionales.

La mayoría de los intervinientes respaldan este cargo y señalan con mayor precisión cuales disposiciones del cuerpo normativo acusado vulneran la reserva de ley estatutaria por afectar el núcleo esencial del derecho a la salud. Adicionalmente, alegan que la Ley 1438 de 2011 es regresiva pues disminuye la garantía de este derecho al establecer principios tales como el de sostenibilidad financiera y modificar la redacción de los principios de universalidad y solidaridad contenida en la Ley 100 de 1993, por tal razón consideran que contraviene el PIDESC y otros instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Añaden que el cuerpo normativo demandado no soluciona los principales problemas relacionados con la prestación del servicio público de salud, y algunos formulan cargos específicos contra los artículos 26 y 27 de la ley en cuestión.

Ahora bien, los cargos sobre vulneración del principio de progresividad y de la prohibición de regresión no serán examinados en la presente providencia porque no fueron planteados en la demanda inicial, por la misma razón tampoco serán estudiados los cargos específicos formulados contra los artículos 26 y 27 de la citada ley, ni tampoco serán abordados los cuestionamientos fundados en la supuesta inconveniencia de la Ley 1428 de 2011, los cuales además resultan impertinentes.

Mientras que otros participantes presentaron escritos en defensa de la ley demandada pues consideran que ésta no regula el núcleo esencial de derecho a la salud, ni desarrolla de manera sistemática e integral este derecho. Entienden que no hay una postura uniforme de la Corte Constitucional en torno a la naturaleza iusfundamental del derecho a la salud, de lo

que se desprende que no se aplica la reserva de ley estatutaria en cuanto a su regulación. También opinan que existen precedentes de la Corte Constitucional en la materia, pues en la sentencia C-408 de 1994, se desestimó un cargo idéntico contra la Ley 100 de 1993 con el argumento que no se aplicaba la reserva de ley estatutaria respecto de la normativa que desarrollaba el sistema general de seguridad social en salud.

Por su parte el Ministerio Público sostiene que la demanda es inepta porque las acusaciones planteadas por el actor son enteramente subjetivas y vagas pues y no se basan en un análisis del contenido de la ley demandada. Explica que el actor no identificó en el cuerpo normativo demandado cuales artículos regulaban el núcleo esencial del derecho a la salud, ni tampoco si contiene una regulación integral y sistemática de este derecho y por lo tanto el cargo formulado de vulneración de los artículos 152 y 153 constitucionales carece de los requisitos de certeza y especificidad, necesarios para que pueda adelantarse un estudio de constitucionalidad de la Ley 1438 de 2011. Agrega que si el actor hubiese hecho este ejercicio interpretativo habría constatado que la Ley 1438 de 2011 no vulnera la reserva de ley estatutaria en materia de regulación de derechos fundamentales, porque se limita a regular ciertos aspectos del sistema general de seguridad social en salud y no la salud como un derecho fundamental.

Planteado en los anteriores términos el debate constitucional corresponde a esta Corporación: (i) analizar la aptitud de la demanda con el propósito de determinar si hay lugar a un pronunciamiento de fondo, (ii) hacer referencia a la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales, (iii) exponer brevemente el carácter polivalente de la salud en el ordenamiento constitucional colombiano, (v) examinar el cargo formulado por el demandante.

3. La aptitud de la demanda presentada.

Si bien cuando estudia una demanda para considerar su admisión el Magistrado Sustanciador verifica que ésta reúna los requisitos necesarios para que se pueda entablar un verdadero debate constitucional -entre los que se cuentan las condiciones mínimas en torno a la claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia de los cargos propuestos por el demandante-, el haber sorteado con éxito ese primer examen no conduce ineludiblemente a un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada, porque al momento de proferir

sentencia esta Corporación puede percatarse que el libelo acusatorio adolece de defectos que impiden proferir una decisión definitiva sobre la exequibilidad de la disposición demandada.

Respecto de la demanda que dio lugar al presente proceso el Procurador General de la Nación señala que el cargo formulado por el actor, relacionado con la supuesta vulneración del principio de reserva de ley estatutaria en la regulación del derecho fundamental a la salud, carece de certeza y especificidad porque el demandante no identifica las disposiciones de la Ley 1438 de 2011 que regulan el núcleo esencial del derecho a la salud ni tampoco demuestra que dicha ley contiene una regulación completa e integral del derecho fundamental en cuestión. En esa medida, al estar formulada la acusación de manera vaga e indeterminada, respecto de un contenido normativo deducido arbitrariamente por el actor, la demanda sería inepta porque no se reunirían las condiciones mínimas para que la Corte Constitucional se pronunciara de fondo.

Para resolver esta primera cuestión es preciso recordar que esta Corporación en oportunidades precedentes ha admitido la posibilidad que se planteen dos tipos de cargos relacionados con la vulneración de la reserva de ley estatutaria. Al respecto sostuvo en la sentencia C-193 de 2005:

De las anteriores consideraciones se infiere que - a partir de los criterios generales señalados en la jurisprudencia para delimitar la distribución de competencias entre el legislador ordinario y el legislador estatutario - la Corte ha analizado dos tipos de cargos contra leyes ordinarias. El primero es el cargo global consistente en que toda la ley ordinaria ha debido ser tramitada como ley estatutaria en razón a su materialidad. En ese caso, la Corte se ha limitado a estudiar la constitucionalidad de la ley, globalmente considerada, como ocurrió en la sentencia C-646 de 2001. Es decir, cuando el cargo del demandante va dirigido contra la ley en su integridad porque a su juicio toda ella ha debido ser estatutaria, la Corte aborda el cargo desde esa perspectiva global, pero sin examinar aislada y separadamente artículos específicos de la misma. Así se evita un control oficioso de la Corte y se estudia el cargo que presentó el actor en los términos por él planteados. El segundo tipo de cargo, es el consistente en que algunos artículos de la ley ordinaria, en razón al contenido específico de cada uno de ellos, regulan materias que son de competencia del legislador estatutario. En ese caso, el demandante acusa unos artículos específicos y la Corte juzga los artículos

demandados, no la ley globalmente considerada, como sucedió en la sentencia C-620 de 2001.

Del aparte anteriormente transcrito se concluye que esta Corporación ha admitido la formulación de un cargo global de vulneración de los artículos 152 y 153 constitucionales, cuando el actor plantea que una ley ordinaria ha debido ser tramitada como ley estatutaria en razón a su materialidad.

No obstante, hay una línea de sutil distinción entre estos dos tipos de cargos porque precisamente para demostrar que una ley en su conjunto vulnera la referida reserva es menester hacer referencia al contenido normativo de sus disposiciones, pues de otra manera no podría verificarse la vulneración alegada. Tal vez entonces lo que permita distinguirlos es que la acusación basada en la materialidad de la ley va dirigida a atacar la constitucionalidad de todo el cuerpo normativo, y por lo tanto debe examinarse con cuidado la materia que esta regula para establecer si sobre ella recae una reserva específica de las señaladas en el artículo 152 constitucional. Mientras que los cargos sobre algunas disposiciones en concreto versan más bien sobre estos preceptos delimitan, configuran o afectan el núcleo esencial de un derecho fundamental, lo que acarrearía su inconstitucionalidad de haber sido tramitados como ley ordinaria.

En la presente ocasión la acusación que formula el demandante no hace referencia a que ciertas disposiciones de la Ley 1438 de 2011 vulneran la reserva de ley estatutaria en materia de regulación de derechos fundamentales, sino que afirma que todo el cuerpo normativo, por la materia que regula, la salud, debió haber sido tramitado como ley estatutaria. No le cabe entonces razón al Ministerio Público cuando solicita un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial de la demanda, pues la Corte Constitucional en ocasiones precedentes ha admitido este tipo de cargos y los ha examinado de fondo.

Ahora bien, de conformidad con los precedentes antes señalados, precisamente por la manera como fue planteado el cargo de vulneración de la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales se abordará el estudio de la ley demandada desde una perspectiva global, sin examinar de manera aislada sus disposiciones.

Esta metodología del examen de constitucionalidad tiene importantes consecuencias desde la perspectiva de la cosa juzgada. En efecto, como se analiza un cargo global contra la Ley

1438 de 2011 y no acusaciones específicas contra algunas de sus disposiciones, no se abordará el estudio individualizado de determinados enunciados normativos contenidos por el citado cuerpo legislativo infringen la reserva de ley estatutaria, pues se examinará si la materia sobre la cual versa tiene reserva de ley estatutaria. Lo anterior significa que los efectos de la cosa juzgada se refieren solamente al cargo general estudiado y no implica un pronunciamiento de constitucionalidad sobre las distintas disposiciones contenidas en el cuerpo normativo examinado, las cuales pueden ser objeto de estudio posterior en virtud de demandas de inexecutable presentadas por los ciudadanos por violaciones concretas de la reserva de ley estatutaria.

Finalmente es preciso mencionar que la vulneración de reserva de ley estatutaria ha sido catalogada por la jurisprudencia de esta Corporación como un vicio de competencia y no hay un término de caducidad de la acción pública en estos casos¹⁴.

Concluye por lo tanto esta Corporación que la demanda es apta y que por lo tanto debe examinarse la constitucionalidad de la ley acusada.

4. La reserva legal estatutaria en la jurisprudencia constitucional

El artículo 152 constitucional introdujo en nuestro ordenamiento la tipología de las leyes estatutarias, como una categoría normativa por medio de la cual se regulan ciertas materias, sujeta adicionalmente aun procedimiento de formación más exigente que el ordinario. Así, de conformidad con dicho precepto constitucional mediante leyes estatutarias el Congreso de la República habrá de regular (1) los derechos y deberes fundamentales, así como los procedimientos y recursos para su protección; (2) la administración de justicia; (3) la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; (4) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (5) los estados de excepción, y (6) la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República.

Las leyes estatutarias se caracterizan no sólo por su contenido material sino por el trámite en su formación. Este último resulta ser más riguroso que el consagrado para la generalidad de las leyes, debido a que para su aprobación, modificación o derogación se exige una mayoría más exigente a la de leyes ordinarias -absoluta y no simple-, requieren aprobarse dentro de una sola legislatura, y deben ser objeto de revisión previa por parte de la Corte

Constitucional¹⁵.

Sobre el alcance de la reserva de ley estatutaria se ha ocupado profusamente la jurisprudencia constitucional a lo largo de estos años, y en general los diversos pronunciamientos han defendido la tesis que dicha reserva no ha de interpretarse de manera restrictiva, en el sentido que cualquier regulación que se ocupe de las materias contempladas por el artículo 152 constitucional requiera ser expedida por medio de ley estatutaria, pues dicha interpretación conduciría a un vaciamiento de las competencias de legislador ordinario y a que se produzca el fenómeno que ha sido denominado en el derecho comparado como la “congelación del rango”¹⁶.

No obstante, los pronunciamientos de esta Corporación han distinguido en lo que concierne al grado de rigurosidad de aplicación del principio de reserva de ley estatutaria en virtud de la materia regulada, pues en ciertos asuntos tales como las funciones electorales han defendido lo que podría denominarse una reserva reforzada, mientras en los restantes tópicos enunciados por el artículo 152 constitucional ha predominado el criterio de flexibilidad en la interpretación de la reserva¹⁷. Tal ha sido la postura respecto de la regulación de los derechos y deberes fundamentales y de la administración de justicia, sobre las cuales versan precisamente los cargos que han de ser examinados en la presente decisión, por esta razón a continuación se hará un recuento detallado de la jurisprudencia de esta Corporación sobre este extremo.

5. La reserva de ley estatutaria en materia de derechos y deberes fundamentales

Sobre la reserva de ley estatutaria en materia de derechos y deberes fundamentales, desde sus primeras decisiones esta Corporación ha sostenido que no se predica de la regulación de “todo evento ligado a los derechos fundamentales”¹⁸. En el mismo sentido posteriormente precisó que las leyes estatutarias regulan solamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales, y por lo tanto no tienen por objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio¹⁹.

Igualmente se ha distinguido aquellos aspectos sobre los cuales recae la reserva, al respecto

se sostuvo que la ley estatutaria se refiere, en cada caso particular, a un derecho determinado y su fin es desarrollar su ámbito a partir de su núcleo esencial definido en la Constitución²⁰, criterio que sería ulteriormente desarrollado en el sentido que esta categoría normativa desarrolla también los contenidos más cercanos al núcleo esencial del derecho fundamental respectivo²¹. Esta tesis evolucionaría en el sentido que la reserva de ley estatutaria se predica de los aspectos inherentes al ejercicio mismo de los derechos y primordialmente la que signifique consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, en cuya virtud se afecte el núcleo esencial de los mismos²².

En la sentencia C-646 de 2001 la Corte Constitucional sistematizó los criterios jurisprudencialmente elaborados acerca de la reserva de ley estatutaria en materia de derechos y deberes fundamentales, y concluyó que dicha reserva se aplica cuando: (i) el asunto trata de un derecho fundamental y no de un derecho constitucional de otra naturaleza, (ii) cuando por medio de la norma está regulándose y complementándose un derecho fundamental, (iii) cuando dicha regulación toca los elementos conceptuales y estructurales mínimos de los derechos fundamentales, y (iv) cuando la normatividad tiene una pretensión de regular integralmente el derecho fundamental²³.

Posteriormente esta Corporación introdujo un nuevo criterio para determinar el alcance de la reserva de ley estatutaria y sostuvo que las leyes que regulen situaciones principales e importantes de los derechos fundamentales deben tramitarse como estatutarias²⁴.

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

a leyes que traten situaciones principales e importantes de los derechos.”

Criterios que han sido reiterados por sentencias posteriores tales como la C-756 de 2008²⁵, C-662 de 2009, C-182 de 2010²⁶ y C-398²⁷ del mismo año. Como las sentencias C-662 de 2009 y C-398 de 2010 se refieren de manera específica a la reserva de ley estatutaria en materia del derecho a la salud serán examinadas en un acápite posterior de la presente providencia.

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

Cabe señalar, sin embargo, que algunos de los anteriores criterios podrían parecer contradictorios desde el punto de vista analítico. Así, por ejemplo, sostener que la reserva de ley estatutaria se predica respecto de aquellas disposiciones que consagren límites, restricciones, excepciones y prohibiciones “que afecten el núcleo esencial del derecho fundamental”, podría llevar a desconocer la doctrina del núcleo esencial de los derechos fundamentales, la cual predica la existencia de ámbito intangible de los derechos fundamentales que vincula al legislador mismo²⁸. Por lo tanto cualquier regulación que afectara el núcleo esencial de un derecho fundamental sería inconstitucional, sin importar el tipo legislativo mediante el cual fue adoptada. En todo caso la jurisprudencia constitucional ya se ha ocupado de esta aparente contradicción y en ese sentido en la sentencia C-993 de 2004 se sostuvo que el núcleo esencial de los derechos fundamentales no podía ser afectado por el legislador estatutario²⁹.

Del mismo modo se ha sostenido de manera simultánea que la reserva de ley estatutaria se aplica cuando se trate de un cuerpo normativo que pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental, y de aquellas disposiciones que aludan a la estructura general y principios reguladores de un derecho fundamental pero no a su desarrollo integral y detallado, lo que suscita dudas en cuanto al grado de detalle que ha de tener una regulación de un derecho fundamental para que respecto de ella se aplique la reserva de ley estatutaria. Finalmente otros de los criterios propuestos han de ser precisados en cada caso concreto, por ejemplo, aquél que reserva a la ley estatutaria la regulación de situaciones principales e importantes de los derechos fundamentales.

Todo lo anterior apunta la conveniencia de detenerse una vez más en la definición de los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional en lo relacionado con la reserva de ley estatutaria en materia de derechos y deberes fundamentales, de manera tal que se decanten aquellos que a primera vista podrían parecer contradictorios y se avance hacia una precisión conceptual de la materia.

Desde esta perspectiva, la afirmación contenida en la sentencia C-013 de 1993, a la cual ya se hizo alusión, en el sentido que “las leyes estatutarias no pueden pretender desarrollar de manera exhaustiva y casuística todos los aspectos ligados con los derechos fundamentales, pues de llegarse a tal extremo se entorpecería la labor del legislador ordinario ya que toda legislación en mayor o menor medida requiere abordar aspectos relacionados con derechos fundamentales”, constituye un punto de partida en torno al cual parece existir consenso jurisprudencial. El anterior aserto significa la aplicación flexible del principio de reserva de ley estatutaria en materia de derechos y deberes fundamentales, en aras de preservar la competencia del legislador ordinario.

Otro criterio de común uso para definir el alcance de la reserva de ley estatutaria es el de núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales. Este criterio puede ser precisado en el sentido que el núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales sería intangible incluso por el legislador estatutario, pues una ley estatutaria que afectara dicho contenido esencial de un derecho sería claramente contraria a la Constitución.

Se revela también útil el criterio según el cual la reserva de ley estatutaria se predica de aquellos aspectos más cercanos al núcleo esencial del derecho, lo que en definitiva supone la

imposibilidad del legislador de afectar el contenido o núcleo esencial del derecho, pero le reconoce la facultad de fijar el ámbito de conductas protegidas por los derechos fundamentales. Guarda así mismo similitud con otros dos criterios propuestos jurisprudencialmente cuales son que la reserva se aplica respecto de los elementos estructurales y los principios básicos del derecho o deber en cuestión y respecto de los aspectos inherentes al ejercicio del derecho. En esa medida la reserva de ley estatutaria abarcaría los aspectos cercanos al núcleo o contenido esencial, los elementos estructurales y los principios básicos, y los aspectos inherentes al ejercicio del derecho o deber fundamental.

Los anteriores elementos son de utilidad para delimitar el alcance de la reserva de ley estatutaria sin embargo no agotan el problema, pues no resuelven la cuestión inicial de si tal reserva se aplica a la regulación detallada y exhaustiva de los derechos fundamentales. En efecto, como antes se anotó la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera simultánea que la reserva de ley estatutaria se aplica cuando se trate de un cuerpo normativo que pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental, e igualmente de aquellas disposiciones que aludan a la estructura general y principios reguladores de un derecho fundamental pero no a su desarrollo integral y detallado. Esta aparente contradicción es posible resolverla si es abordado el problema de la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales desde la perspectiva de las funciones que cumple la ley frente a los derechos fundamentales.

Una primera función que la ley cumple es la de actualizar el contenido de los derechos fundamentales. En efecto, el sistema jurídico, debe evolucionar a la par de la sociedad y no puede desconocer los cambios que en ésta se operan, so pena de tornarse ineficaz. En este orden de ideas, respecto a los derechos fundamentales, la ley debe mantener vigentes el alcance de las garantías y libertades constitucionalmente consagradas. Así, corresponde a la ley estatutaria, regular nuevas maneras de ejercicio de los derechos fundamentales, estrechamente ligadas a los avances y desarrollos tecnológicos. Buen ejemplo de ello lo constituye la Ley Estatutaria 982 de 2004 "Por la cual se establecen nuevos mecanismos de votación e inscripción para garantizar el libre ejercicio de este derecho, en desarrollo del artículo 258 de la Constitución Nacional", la cual regula los mecanismos electrónicos de votación y de inscripción de los ciudadanos colombianos, es decir, una manera de ejercicio de los derechos políticos y de participación, producto a su vez de los avances de la

tecnología en telecomunicaciones.

En segundo lugar, aparece la función de configurar o definir los derechos fundamentales. Por regla general los enunciados normativos de derechos fundamentales contenidos en la Constitución presentan un alto grado de abstracción y generalidad, corresponde por lo tanto a los intérpretes de la carta, especialmente al legislador estatutario delimitar el alcance y contenido de los derechos fundamentales, es decir, “fijar su alcance o ámbito de aplicación, de señalar su contorno, sus límites internos”³⁰. En este sentido son ilustradores los artículos 631 y 732 de la Ley 133 de 1994 “Por la cual se desarrolla el derecho de Libertad religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política”, disposiciones que definen el ámbito del derecho de libertad religiosa. No obstante, este aspecto amerita algunas precisiones, en primer lugar no toda disposición que defina el ámbito de conductas protegidas por un derecho fundamental debe ser materia de ley estatutaria pues esto supondría, por una parte, una carga imposible de cumplir por parte del legislador a quien se le exigiría configurar en abstracto todas las posibles manifestaciones del derecho fundamental regulado y, por otra parte, implicaría el riesgo que aquellas conductas que hacen parte del ámbito de protección del derecho y no hayan sido enunciadas, no podrían ser objeto de protección por medio de los mecanismos constitucionales de defensa de los derechos fundamentales.

Así lo ha entendido el legislador estatutario colombiano, el cual al configurar el derecho a la libertad religiosa estableció claramente que el listado de derechos enunciados en los artículos 6 y 7 de la Ley 133 de 1994 tenía solamente un carácter enunciativo.

Por último, las leyes cumplen respecto de los derechos fundamentales una función general, la de articularlos al interior del ordenamiento jurídico mediante su ponderación y armonización. En efecto, los derechos fundamentales irradian la totalidad del ordenamiento jurídico y en esa medida toda la normatividad guarda relación directa o indirecta con ellos, bien sea mediante el establecimiento de límites, condiciones o supuestos para su ejercicio o mediante la definición de relaciones de precedencia prima facie en el caso de colisiones entre derechos fundamentales o de derechos fundamentales con otros bienes constitucionalmente protegidos. Tal sería el caso por ejemplo de los estatutos que regulan procedimientos judiciales como los códigos de procedimiento los cuales armonizan los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia con el principio de la

eficaz administración de justicia.

Ahora bien, como antes se dijo, las funciones que cumple la ley respecto de los derechos fundamentales, se revelan útiles al momento de fijar el alcance de la reserva de ley estatutaria. En efecto, cuando la ley actualiza o configura el contenido de un derecho fundamental y de esta forma bien mediante la configuración, o bien mediante la actualización regula y precisa sus elementos estructurales, los aspectos inherentes a su ejercicio y los elementos que hacen parte de su ámbito constitucionalmente protegido debe ser expedida por el procedimiento legislativo más exigente previsto por el artículo 153 constitucional. Por el contrario cuando la ley tenga como cometido armonizar o ponderar derechos, que sin duda es su función más común, deberá ser tramitada por procedimientos ordinarios.

En conclusión el ámbito propio de la reserva de ley especial establecida en el artículo 152 literal a) obliga a tramitar como estatutaria las leyes que configuren o actualicen derechos fundamentales, en la medida en que estas actividades conlleven necesariamente la regulación de aspectos que pueden ser considerados como contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Finalmente hay que hacer mención de dos cuestiones finales. Por una parte, la jurisprudencia constitucional admite que las leyes estatutarias pueden regular materias propias de leyes ordinarias sin que ocurra en estos casos una petrificación de la regulación, pues en estos casos no se aplica la reserva y las materias podrán en el futuro ser derogadas o modificadas mediante una ley ordinaria. No ocurre lo mismo con las leyes ordinarias las cuales en ningún caso pueden tratar asuntos reservados a las leyes estatutarias porque infringirían el artículo 152 constitucional.

6. La salud en el ordenamiento constitucional colombiano

En el ordenamiento constitucional colombiano existen numerosas referencias a la salud³³, empero es el artículo 49 el que le da la doble caracterización de la cual debe partir el análisis de constitucionalidad de la disposición acusada, pues por una parte señala que se trata de un servicio público a cargo del Estado y acto seguido garantiza a los ciudadanos el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

En esa medida la propia redacción del texto constitucional evidencia la interrelación entre el derecho a acceder a prestaciones en materia de salud³⁴ y el carácter de la salud como servicio público a cargo del Estado, es decir, la salud como derecho esencialmente prestacional³⁵ implica la existencia de un régimen jurídico y organizacional específico para su provisión, precisamente el de un servicio público, con las implicaciones que este concepto implica en el modelo de Estado social de derecho adoptado por la Constitución de 1991, las cuales fueron puestas de manifiesto recientemente por esta Corporación en la sentencia C-924 de 2007, en los siguientes términos:

Si bien el régimen de los servicios públicos aparece regulado específicamente en el capítulo 5 del título XII de la Carta Política, a partir del artículo 365 constitucional, estas disposiciones no pueden ser leídas de manera aislada sino que, como el conjunto de preceptos que integran el concepto de Constitución económica colombiana, han de ser referidos al contenido dogmático de la Constitución, esto es con el título I y el título II de la Carta Política³⁶.

El propio contenido de los artículos constitucionales en mención obliga a tal remisión, pues abundan en referencias normativas de marcado contenido axiológico, baste citar a manera de ejemplo el artículo 365 de la Carta según el cual “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

De esta manera se asocian de manera inseparable los servicios públicos con el modelo de Estado social de derecho, establecido por el artículo primero constitucional como uno de los principios fundantes del Estado Colombiano. En esa medida -como por otra parte ha señalado esta Corporación- el apelativo de social “no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado³⁷”, sino que implica un nuevo modelo estatal dentro del cual los servicios públicos cumplen un papel esencial, no sólo como finalidad en sí mismos considerados, sino también como un instrumento para la realización de principios y valores fundamentales como la igualdad de oportunidades, el orden social y económico justo, la dignidad humana y los derechos fundamentales³⁸.

Por otra parte, si bien el precepto constitucional no encomienda de manera directa a la

organización estatal su prestación –posibilidad que sin embargo no queda excluida desde la perspectiva constitucional³⁹-, en todo caso radica en cabeza de ésta “el deber de asegurar su prestación eficiente”, deber que por otra parte da origen como correlato necesario a un derecho colectivo en cabeza de los asociados para reclamar al Estado su cumplimiento⁴⁰.

Los mandatos anteriores son reforzados por el artículo 366 de la Carta el cual señala que “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y agua potable”. Nuevamente contenidos valorativos ligados a la idea de Estado social aparecen asociados al concepto de servicios públicos, en esa medida de una interpretación sistemática de los artículos 365 y 366 constitucionales se desprende que éstos son instrumentos para la consecución del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, finalidades sociales del Estado expresamente reconocidas por el Constituyente de 1991. A su vez que la satisfacción de las necesidades reseñadas por el citado precepto constitucional está asociada a los servicios públicos, pues la salud, la educación, el saneamiento ambiental y el agua potable deben ser provistos mediante una infraestructura que garantice su prestación de manera continua y eficiente.

Por otra parte, cabe reseñar que la Constitución de 1991 supera la visión meramente asistencialista del ordenamiento anterior y consigna derechos prestacionales los cuales están ligados al concepto de necesidades básicas insatisfechas y a los servicios públicos⁴¹, pues el contenido mínimo de estos derechos garantiza la procura existencial del individuo⁴², y nuevamente la satisfacción de estas necesidades y la garantía de esos derechos generalmente se realiza mediante la prestación de servicios públicos. Esta sería la conexión por ejemplo entre la salud como una necesidad básica que debe satisfacer el Estado, el derecho a la salud y el servicio público de salud. En esa medida, como contrapartida a los deberes estatales en materia de prestación de servicios públicos y de satisfacción de necesidades básicas de los asociados, se erigen posiciones individuales y colectivas susceptibles de tutela judicial.

Finalidades sociales del Estado, bienestar general, mejoramiento de la calidad de vida de la población, necesidades insatisfechas, derechos prestacionales y servicios públicos, constituyen de esa manera un eje temático común, en torno al cual se debe estructurar la

actuación de las ramas del poder público.

Este contenido valorativo se impone especialmente al legislador y marca importantes límites respecto de su libertad de configuración en materia de servicios públicos, pues en todo caso, la regulación legal de éstos debe respetar los contenidos valorativos antes señalados, es decir, su inherencia respecto a la finalidad social del Estado y su carácter instrumental para la satisfacción del bienestar general y el mejoramiento del nivel de vida de la población, al igual que debe garantizar una mínima satisfacción de los derechos prestacionales involucrados que responda al concepto de necesidades básicas insatisfechas.

Queda de esta manera sintetizada la relación existente entre la salud como derecho prestacional, el servicio público de atención de la salud y diversos contenidos axiológicos de la Constitución, tales como el principio de Estado social de derecho.

Por otra parte el reconocimiento del carácter esencialmente prestacional del derecho a la salud nada dice sobre la naturaleza de este derecho, al respecto cabe señalar que actualmente coexisten distintas líneas argumentativas al interior de la jurisprudencia de esta Corporación sobre la naturaleza del derecho a la salud, algunas de las cuales destacan su carácter de derecho fundamental bien sea por conexidad con otros derechos per se fundamentales tales como la vida, la integridad personal o a dignidad humana⁴³, bien sea respecto de ciertas prestaciones (las definidas legal o reglamentariamente)⁴⁴ o respecto de ciertos sujetos (los niños por mandato expreso del artículo 44 constitucional u otros sujetos de especial protección como las personas de la tercera edad)⁴⁵, o que incluso afirman su carácter de derecho fundamental autónomo.

Reveladora de esta última postura es la sentencia T-016 de 2007 en la cual se sostiene:

“11.- Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida

en condiciones de dignidad.

En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda solicitarse prima facie por vía de tutela. Su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos. Que ello sea así, no despoja al derecho a la salud de su carácter fundamental, de modo que insistimos: resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud – supuestamente no fundamental – con el derecho a la vida u otro derecho fundamental – supuestamente no prestacional-.

12.- Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional? y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho

(...)

13.- Puede decirse, por consiguiente, que las restricciones de tipo presupuestario, las cuales no sin frecuencia se conectan con la puesta en práctica de los derechos fundamentales, suponen que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y reglamentarias, para hacer viable la eficacia de estos derechos. En otros términos, existen derechos cuya

implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otros derechos y depende de fuertes erogaciones económicas. Estos derechos, no obstante, no pierden por mediar ese desarrollo político, reglamentario y técnico su carácter fundamental.

La fundamentalidad de los derechos cuyo contenido es acentuadamente prestacional, tal como sucede con el derecho a la salud, se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en implementar medidas orientadas a realizar estos derechos en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de personas colocadas en situación evidente de indefensión. La falta de capacidad económica, el estado de indigencia, el alto riesgo de ver afectadas las personas la posibilidad de vivir una vida digna, son circunstancias que han de ser consideradas por los jueces para determinar la procedencia de la tutela en caso de omisión legislativa y administrativa pues se trata de derechos fundamentales”.

Por otra parte, el derecho a la salud no solamente supone el acceso a la atención en salud y por lo tanto no sólo tiene un carácter prestacional sino que también involucra facetas en las cuales opera como un típico derecho de defensa que protege a su titular de injerencias arbitrarias provenientes del Estado o de terceros, al igual que también se relaciona con derechos de libertad en la esfera de la toma de decisiones en materia de salud.

La Corte Constitucional ya ha tenido ocasión de examinar la reserva de ley estatutaria en materia de regulación del derecho a la salud. La primera oportunidad fue en la sentencia C-408 de 1994 oportunidad en la cual el principal cargo que formulaba el demandante era la supuesta inconstitucionalidad de la Ley 100 de 1993 porque no había surtido el trámite previsto en el artículo 153 constitucional a pesar de regular el derecho fundamental de la seguridad social. Para resolver la cuestión planteada en primer lugar se descartó la naturaleza iusfundamental del derecho a la seguridad social, al respecto se sostuvo:

Tal como lo entendieron el Constituyente y el Legislador, la Corte considera en principio, el derecho a la seguridad social como un derecho asistencial o prestacional que la Carta sitúa en su capítulo 2o. del título II, de los derechos sociales, económicos y culturales. Se trata de

un derecho calificado por el tenor literal de la Carta como de la Segunda Generación; tiene además por su contenido material una naturaleza asistencial o prestacional que no permite su eficacia con la sola existencia de la persona titular, sino que, requiere una reglamentación que lo organice y una agencia pública o privada autorizada que le suministre los bienes y servicios que lo hacen realidad. Adicionalmente, un aspecto relacionado con la capacidad fiscal o financiera del ente encargado de la asistencia o prestación, le da a este derecho a la seguridad social un carácter temporo-espacial, reconocido por el constituyente, que en proyecciones sentadas por la propia Carta (art. 48), lo viene a diseñar con una cobertura progresiva que comprenda todos los servicios que, como parte de él, determine la ley.

Pero además se sostuvo que precisamente por el contenido prestacional de este tipo de derechos su regulación no podía sujetarse a los exigentes requisitos propios de una ley estatutaria:

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, define desde su preámbulo los alcances de la seguridad social integral como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. En consecuencia, contiene la ley normas sobre principios generales del sistema de la seguridad social; objeto, características, afiliación, cotizaciones, fondo de solidaridad del sistema pensional; pensión de vejez; pensión de invalidez por riesgo común; pensión de sobrevivientes; prestaciones adicionales; entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida; régimen de ahorro individual con solidaridad; modalidades de pensión; pensiones mínimas; prestación y beneficios adicionales; entidades administrativas del régimen de ahorro individual con solidaridad; bonos pensionales; disposiciones aplicables a los servidores públicos; el sistema general de seguridad social en salud; de los afiliados al sistema; del régimen de beneficios; de la dirección del sistema y de la seguridad social en salud; de las instituciones prestadoras de servicios de salud; régimen de las empresas sociales del Estado; de los usuarios; del régimen contributivo; del régimen subsidiado; del fondo de solidaridad y garantía; de la vigilancia y control del sistema; y normas sobre transición del sistema y otras disposiciones

afines o complementarias; sistema general de riesgos profesionales, accidente y enfermedad profesionales, y servicios sociales complementarios.

Es claro para la Corte que esta normatividad sobre la seguridad social, no debe ser objeto de reglamentación mediante la vía legal exceptiva de las leyes estatutarias por no corresponder a los elementos de derechos fundamentales que quiso el constituyente someter a dicha categoría legal, por tratarse de elementos de tipo asistencial que provienen, en oportunidades, de la existencia de una relación laboral, y en otras, de la simple participación en el cuerpo social, y derechos gratuitos en oportunidades y onerosos en la mayoría de los casos. La gratuidad, no puede entenderse, en los titulares de estos derechos, como un ingrediente que pueda mutar la naturaleza de los mismos para transformarlos en derechos fundamentales; pues no son más que desarrollos de contenidos propios del Estado social de derecho. Y así lo declarará esta Corte, rechazando el cargo por razones de forma, planteado en la demanda contra la Ley 100, según el cual los contenidos de ésta imponían su expedición mediante el trámite de leyes estatutarias.

Ahora bien, a partir de esta reciente perspectiva interpretativa que considera la salud como un derecho fundamental, esta Corporación ha tenido que examinar en dos ocasiones distintas demandas de inconstitucionalidad contra leyes referidas a prestaciones en materia de salud las cuales habían sido acusadas de vulnerar el principio de reserva de ley estatutaria en la regulación de un derecho fundamental. Por tener estrecha relación con el cargo que se examina en la presente decisión se hará una referencia detallada a estos precedentes.

En la sentencia C-662 de 2009 se examinaron las objeciones presidenciales al proyecto de ley n.º 312/08 Senado - 90/07 Cámara, en el cual se preveían acciones para el tratamiento integral del cáncer en Colombia. A juicio del Gobierno, el proyecto de ley era contrario al artículo 152 de la Constitución, pues la jurisprudencia constitucional, especialmente la sentencia T-760 de 2008, reconoció la naturaleza fundamental del derecho a la salud, se concluía entonces que el proyecto por haber sido tramitado como una ley ordinaria vulneraba la reserva de ley estatutaria prevista en la Constitución. Adicionalmente, se sostenía que el legislador había incurrido en un error, cuando indicó en la iniciativa que estaba regulando el derecho a la vida, aunque en realidad versaba sobre el derecho fundamental a la salud.

La Corte Constitucional inicialmente hizo referencia a la reserva de ley estatutaria prevista en el artículo 152 constitucional⁴⁶ y los criterios fijados en la sentencia C-981 de 2005 para determinar cuándo se aplica tal reserva.

Al resolver el asunto sometido a su examen sostuvo:

Para el caso planteado, la Sala advierte que no se reúnen los presupuestos para considerar que el proyecto de ley objeto de censura esté sometido a la reserva de ley estatutaria. En efecto, el artículo 1º del proyecto de ley, que define el objetivo de la iniciativa, establece que la finalidad de la normatividad es regular “las acciones para el control integral del cáncer en la población colombiana, de manera que se reduzca la mortalidad y la morbilidad por cáncer adulto, así como mejorar la calidad de vida de los pacientes oncológicos, a través de la garantía por parte del Estado y de los actores que intervienen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud vigente, de la prestación de todos los servicios que se requieran para su prevención, detección temprana, tratamiento integral, rehabilitación y cuidado paliativo.”. De esta definición puede colegirse, entonces, que el proyecto de ley (i) busca establecer herramientas para el tratamiento eficaz e integral del cáncer adulto; y (ii) introducir modificaciones al arreglo institucional del SGSS, en aras de cumplir con dicha finalidad. Por ende, la iniciativa legislativa, en modo alguno, busca regular de manera integral, estructural y completa el derecho a la salud, sino que, antes bien, declara expresamente su carácter específico y sectorial, esto es, circunscrito al tratamiento de los enfermos adultos de cáncer.

La Corte advierte que las objeciones presidenciales incurren en una contradicción insalvable en este apartado. En efecto, varias de las censuras expuestas por el Ejecutivo parten de la base que la regulación examinada, en razón de su carácter parcial, fragmentada e independiente de las previsiones legales que prevén el actual arreglo institucional del SGSSS, resultaban inconvenientes para el adecuado funcionamiento de este sistema. Esta afirmación, por ende, demuestra que tanto para el legislador como el Gobierno es evidente que el proyecto de ley no configura una regulación general, estructural e integral del derecho a la salud. Por lo tanto, resulta desacertado pasar de esta premisa a la exigencia de reserva de ley estatutaria, cuando una y otra son incompatibles, según los requisitos explicados anteriormente. Debe insistirse que una regulación parcial de un derecho o deber fundamental, por antonomasia, se inscribe dentro de las competencias del legislador

ordinario, lo que inhibe la posibilidad de fijarlas dentro de las materias previstas en el artículo 152 C.P., so pena de vaciar dichas competencias.

Concluyó que al margen de las distintas posturas jurisprudenciales respecto de la naturaleza del derecho a la salud “para el caso del proyecto de ley objeto de estudio, su carácter parcial y específico en cuanto al ámbito de protección de este derecho, es un elemento de juicio suficiente para inscribirlo dentro del margen de configuración normativa del legislador ordinario”, razón por la cual desestimó la objeción planteada por el Gobierno en relación con la vulneración del artículo 152 de la Carta Política.

Posteriormente, en la sentencia C-398 de 2010 se examinaron las objeciones presidenciales al Proyecto de Ley No. 028/07 Senado, 341/08 Cámara, “Por la cual se establecen medidas especiales de protección para las personas que padecen epilepsia, se dictan principios y lineamientos para su atención integral”, una de los cargos planteados por el Gobierno consistía en que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a la salud es un derecho fundamental y autónomo y por lo tanto el proyecto en cuestión debía haber seguido el trámite previsto para las leyes estatutarias.

La Corte para resolver esta objeción reiteró el precedente fijado en la sentencia C-662 de 2009, con base en las siguientes consideraciones:

No comparte la Corte la apreciación del Gobierno conforme a la cual la pretensión de asegurar una aproximación integral al problema de las personas que padecen epilepsia, implique una regulación completa del núcleo esencial del derecho a la salud, entendido como derecho fundamental, que haga imperativa la vía de la legislación estatutaria. Se trata, más bien, de un conjunto de disposiciones que, en el ámbito de la atención integral de las personas con epilepsia, introduce algunos ajustes al SGSSS, enuncia de manera especial los derechos de las personas con epilepsia, y fija las pautas para que, en todos los órdenes, se adopten las políticas y se tomen las medidas necesarias para el logro de esos objetivos, asuntos que, en esa dimensión, son propios de la ley ordinaria. Tal como se señaló en la Sentencia C-662 de 2009, en este caso no se reúnen los presupuestos para considerar que el proyecto de ley objeto de censura esté sometido a la reserva de ley estatutaria, puesto que resulta evidente que, al margen de la discusión suscitada en la jurisprudencia constitucional sobre la condición de fundamentalidad del derecho a la salud, para el caso del proyecto de

ley objeto de estudio, su carácter parcial y específico en cuanto al ámbito de protección de este derecho, es un elemento de juicio suficiente para inscribirlo dentro del margen de configuración normativa del legislador ordinario.

Adicionalmente, cabe señalar que en su dimensión prestacional, el derecho a la salud requiere de configuración legal, aspecto que se inscribe en la órbita del legislador ordinario, sin que quepa señalar que, en razón de los avances en torno a la fundamentalidad del derecho a la salud, se haya producido un vaciamiento de sus competencias, en beneficio del legislador estatutario, de manera que, hacia el futuro, toda alteración del SGSSS debiese hacerse por esa modalidad legislativa excepcional.

Por otra parte, la reiteración de las previsiones constitucionales que prohíben la discriminación, aplicables en la ley, de manera específica, a las personas que padecen epilepsia, tampoco se encuadra dentro de los criterios fijados por la jurisprudencia para determinar la presencia de una reserva de ley estatutaria, porque la norma se limita a enunciar el derecho, pero no avanza, en relación con el mismo, en los desarrollos a los que alude la jurisprudencia como determinantes de la reserva, en la medida en que no puede decirse que se esté ante una norma que desarrolle y complemente el derecho a la igualdad de las persona que padecen epilepsia, ni que avance en la regulación de sus elementos estructurales esenciales, o que regule de forma directa su ejercicio, ni, ciertamente, significa consagrar límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial. Y tampoco se trata de una norma en la que el legislador asuma de manera integral, estructural y completa la regulación del derecho a la igualdad de las personas que padecen epilepsia (negrillas añadidas).

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Corte declaró infundadas las objeciones relativas con la necesidad de que el proyecto hubiese sido tramitado como ley estatutaria.

Cabe destacar que en esta última decisión se hizo especialmente referencia a que la dimensión prestacional del derecho a la salud “requiere de configuración legal, aspecto que se inscribe en la órbita del legislador ordinario, sin que quepa señalar que, en razón de los avances en torno a la fundamentalidad del derecho a la salud, se haya producido un vaciamiento de sus competencias, en beneficio del legislador estatutario, de manera que, hacia el futuro, toda alteración del SGSSS debiese hacerse por esa modalidad legislativa

excepcional”. Tesis que será particularmente relevante para resolver los cargos objeto de examen en la presente providencia.

7. El examen de constitucionalidad de la Ley 1438 de 2011

El demandante formula cargos de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 1438 de 2011, sostiene que este cuerpo normativo regula el derecho a la salud, el cual, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y por tratados internacionales en materia de derechos humanos, es un derecho fundamental. Deduce entonces que la ley demandada, al haber sido tramitada mediante el procedimiento establecido para las leyes ordinarias, desconoce la reserva de ley estatutaria en materia de regulación de derechos fundamentales, establecida por los artículos 152 y 153 constitucionales.

Como se precisó en acápites precedentes de esta decisión la acusación que formula el demandante no hace referencia a que ciertas disposiciones de la Ley 1438 de 2011 vulneran la reserva de ley estatutaria en materia de regulación de derechos fundamentales, sino que afirma que todo el cuerpo normativo, por la materia que regula, la salud, debió haber sido tramitado como ley estatutaria. En esa medida no corresponde abordar a esta Corporación el examen de disposiciones concretas del cuerpo normativo demandado sino hacer un estudio general sobre su constitucionalidad, a la luz de la reserva de ley estatutaria prevista en el artículo 152 constitucional, empero para resolver esta cuestión es menester, en todo caso, hacer una breve descripción de la ley objeto de examen.

La Ley 1438 de 2011 consta de 145 artículo agrupados en nueve títulos. Según el artículo primero el objeto de la ley es “el fortalecimiento del sistema general de seguridad social en salud, a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia atención primaria en salud permita la acción coordinada del estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país”. Este cuerpo normativo en su artículo 2 señala la orientación del sistema general de seguridad social en salud, y mediante su artículo 3 modifica el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y redefine los principios orientadores del sistema. El artículo 4 señala que la dirección del sector salud está

en cabeza del Ministerio de la protección social, como órgano rector de dicho sector.

El título II regula lo relacionado con la salud pública, promoción y prevención y atención primaria en salud. Así, el artículo 6 prevé un plan decenal para la salud pública y el artículo 8 contempla la creación del Observatorio nacional de salud, como una dependencia del Instituto nacional de salud. El capítulo II de este título señala acciones de salud pública, atención primaria en salud y promoción y prevención. El capítulo III hace referencia a la atención primaria en salud, el artículo 13 hace referencia los elementos requeridos para la implementación de la misma, y las restantes disposiciones de este título se refieren al fortalecimiento de los servicios de baja complejidad (art. 14), a los equipos básicos de salud (art. 15) y a las funciones de los mismos.

El título III prevé la atención preferente y diferencial para la infancia y la adolescencia, el artículo 18 contempla los servicios y medicamentos para los niños, niñas y adolescentes con discapacidad y enfermedades catastróficas certificadas, el artículo 19 el restablecimiento de la salud de niños, niñas y adolescentes cuyos derechos han sido vulnerados.

El título IV contiene medidas relacionadas con el aseguramiento tales como la portabilidad nacional (art. 22) y la actualización periódica del plan de beneficios (art. 25). Los artículos 26 y 27 señalan reglas para la provisión de “servicios por condiciones particulares, extraordinarios y que se requieren con necesidad” y prevén la intervención del comité técnico-científico de la entidad promotora de salud y la creación de la junta técnica-científica de pares. Este mismo título contiene disposiciones especiales relacionadas con la administración del régimen subsidiado (capítulo 2) y con la universalización del aseguramiento (capítulo 3) y a los planes voluntarios de salud (capítulo 4).

El título V regula el financiamiento del sistema y el título VI trata de la prestación de servicios de salud con regulación de las redes integradas de servicios de salud (definidas por el artículo 60), el capítulo III de este título contiene disposiciones relacionadas con las instituciones prestadoras de servicios de salud pública y empresas sociales del estado. El capítulo IV se refiere a los medicamentos, insumos y dispositivos médicos, y contempla la definición de una política farmacéutica, de insumos y dispositivos médicos por el ministerio de la protección social (art. 86) y la creación de una comisión nacional de precios de medicamentos y dispositivos médicos (art. 87). El capítulo V regula lo relacionado con el

Instituto de evaluación tecnológica en salud, el capítulo VI prevé la política del talento humano en salud, y el capítulo VII regula lo relacionado con la calidad y sistemas de información.

El título VIII se ocupa de los de los usuarios del sistema, contempla la política nacional de participación social, señala sus deberes y obligaciones (art. 139).

Por último, el título IX se refiere a las enfermedades huérfanas (art. 140), los servicios que prestan las cuidadoras y los cuidadores al interior del hogar (art. 141), a la difusión y capacitación para el desarrollo de la ley (art. 142), a la prueba del accidente en el SOAT (art. 143), a la reglamentación e implementación de la ley (1rt. 144) y a su vigencia y derogatorias.

Esta ley fue tramitada como ley ordinaria, salvo los artículos 42 y 44 que surtieron el procedimiento previsto para las leyes orgánicas⁴⁷.

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

De manera tal que se genera una conexidad normativa entre las distintas facetas de la salud,

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

Esta postura resulta sintetizada de manera afortunada en uno de los partes previamente transcritos de la sentencia C-398 de 2010 en la cual se afirma que en su dimensión prestacional, el derecho a la salud requiere de configuración legal, aspecto que se inscribe en la órbita del legislador ordinario, sin que quepa señalar que, en razón de los avances en torno a la fundamentalidad del derecho a la salud, se haya producido un vaciamiento de sus competencias, en beneficio del legislador estatutario, de manera que, hacia el futuro, toda alteración del SGSSS debiese hacerse por esa modalidad legislativa excepcional.

Dada la modalidad de examen de constitucionalidad que corresponde realizar en esta providencia, en la cual se estudia un cargo general de vulneración del artículo 153 constitucional por haber seguido la Ley 1438 de 2011 el trámite propio de una ley ordinaria, a pesar de regular el derecho a la salud, no puede examinarse el detalle del contenido normativo de algunas de sus disposiciones como proponen algunos intervinientes y con fundamento en la consideraciones antes consignadas se decide que este cargo no está llamado a prosperar y se declarará la exequibilidad del cuerpo normativo en su conjunto.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. Declarar EXEQUIBLE la Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, por el cargo examinado en la presente providencia.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Presidente

Ausente en comisión

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARIA VICTORIA CALLE CORREA A LA SENTENCIA C-791 DE 2011

NORMA QUE REFORMA EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-No requiere trámite de ley estatutaria (Aclaración de voto)

Comparto plenamente la decisión adoptada en la sentencia C-791 de 2011, en el sentido de considerar que la Ley 1438 de 2011 no viola la Constitución Política por no haber sido tramitada como una ley estatutaria, pues si bien la salud es un derecho fundamental, cuya regulación es objeto de ley estatutaria, la Ley en cuestión no se ocupa de definir o de regular de forma íntegra el derecho a la salud. Se trata de una norma que estructura el Sistema de Salud, lo cual, sin duda, es determinante para el adecuado goce efectivo del derecho de muchas personas. Pero el derecho y el sistema son diferentes, y pueden y deben ser distinguidos por el Legislador. De ahí que la Ley 1438 de 2011 no ha debido tramitarse por el especial procedimiento que siguen aquel tipo de leyes.

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Criterios para determinar los asuntos que requieren el trámite de ley estatutaria (Aclaración de voto)

DERECHO A LA SALUD-Fundamental (Aclaración de voto)

DERECHO A LA SALUD-Regulación objeto de ley estatutaria (Aclaración de voto)

NUCLEO ESENCIAL DE UN DERECHO FUNDAMENTAL-Importancia (Aclaración de voto)

NUCLEO ESENCIAL DE UN DERECHO FUNDAMENTAL-Concepto indeterminado (Aclaración de voto)

NUCLEO ESENCIAL DE UN DERECHO FUNDAMENTAL-Metáfora en crisis (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-8483

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Aunque comparto plenamente la decisión adoptada en la sentencia C-791 de 2011, en el sentido de considerar que la Ley 1438 de 2010 ‘por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dicta otras disposiciones’ no viola la Constitución Política por no haber sido tramitada como una ley estatutaria, considero que es preciso hacer una aclaración con relación a las razones por las cuales acompañó la sentencia.

1. De acuerdo con siete criterios recopilados por la jurisprudencia constitucional desde el año 2001 para establecer cuándo una norma legal ha de ser tramitada como ley estatutaria, puede concluirse, en efecto, que la Ley 1438 de 2010 no ha debido tramitarse por el especial procedimiento que siguen aquel tipo de leyes.⁴⁸ Si bien la salud es un derecho fundamental, cuya regulación es objeto de ley estatutaria, la Ley en cuestión no se ocupa de definir o de regular de forma íntegra el derecho en cuestión. No se regula de manera íntegra y total un mecanismo de defensa de un derecho. Se trata de una norma que estructura el Sistema de Salud, lo cual, sin duda, es determinante para el adecuado goce efectivo del derecho de muchas personas. Pero el derecho y el sistema son diferentes, pueden y deben ser distinguidos por el Legislador. De no aplicar los anteriores criterios de la manera antes indicada, se llegaría a una conclusión que podría significar, como lo sugiere la sentencia, una petrificación del orden legal.⁴⁹

2. Aunque es cierto que muchas de las facetas prestacionales del derecho a la salud puede requerir un desarrollo legal positivo, para poder ser efectivamente gozadas por las personas, también ocurre ello con algunas de las facetas negativas del derecho. Piénsese simplemente,

por ejemplo en las múltiples regulaciones que se requieren para que ciertas industrias, por el impacto ambiental que generan, no irrespeten del derecho a la salud de personas sanas, que no tenían afección alguna. De igual manera, pueden existir regulaciones de facetas negativas y prestacionales de un derecho que, por cumplir con los parámetros jurisprudenciales reiterados, sí deban ser consideradas normas de contenido estatutario.

3. La decisión de considerar que la Ley 1438 de 2011 no ha debido ser tramitada como ley estatutaria se debe a que contiene normas que no tienen tal condición a la luz de los criterios jurisprudenciales citados. Como se dijo, el que una norma regule facetas prestacionales de un derecho fundamental no es un criterio necesario y suficiente para establecer el carácter estatutario de un contenido normativo. Una norma bien puede ocuparse de una faceta prestacional o una faceta negativa de un derecho fundamental y tener carácter de estatutaria o no. Las razones por las cuales se podría señalar que se está o no ante una ley estatutaria se encuentran en los criterios jurisprudenciales reiterados en esta ocasión (sentencia C-646 de 2001).⁵⁰ Caso a caso, el juez constitucional ha de aplicarlos y resolver ante cuál tipo de norma se encuentra.

4. Finalmente, quiero señalar que uno de los conceptos centrales de la sentencia y de la jurisprudencia constitucional aplicable, el concepto de 'núcleo esencial' de un derecho fundamental, genera dilemas y tensiones que han llevado a teóricos del derecho, y a la propia jurisprudencia, a repensar el concepto y a proponer caminos nuevos y alternativos, que permitan conservar lo logrado y, a la vez, avanzar en la protección del goce efectivo de los derechos fundamentales, razón última de cualquier construcción conceptual o dogmática en un estado social de derecho.

En el pasado aclaré mi voto a la sentencia C-942 de 2009, en la que se resolvió un caso similar al que se decide en la presente ocasión, básicamente por las mismas razones. El grado de indeterminación del concepto 'núcleo esencial' sumado a la importancia que tiene para resolver y definir cuestiones jurídicas de gran envergadura, obligan a la Corte Constitucional a cumplir su labor de dictar jurisprudencia, clarificando y precisando éste término. Cuando una noción es determinante para plantear y definir problemas jurídicos constitucionales o para encontrar las respuestas y soluciones a éstos, como lo es la de 'núcleo esencial', es deber del juez constitucional tratar de establecer de la manera más clara posible, cómo y de qué manera se está empleando. Dar indicaciones que permitan

aplicar el concepto y, así, las reglas jurídicas que lo emplean, más allá de dar sólo indicaciones de usos metafóricos de la noción.

El criterio en virtud del cual se consideró, por tanto, que la acción de la Universidad que se estudiaba en aquella ocasión era ajustada a la Constitución y no violaba el derecho a la educación, fue el de 'afectación al núcleo esencial del derecho'. Es decir, de acuerdo con esta posición jurisprudencial, una Universidad viola el derecho a la educación cuando afecta su 'núcleo esencial', no cuando lo regula o restringe como forma de 'encauzarlo'. Expresamente, la sentencia T-002 de 1992 dijo que no tutelaba el derecho porque la Universidad al reglamentar el programa de formación académica que cursaba la accionante, "[...] encauzaba la educación en tanto que deber mas no la desconocía en su núcleo esencial."⁵¹ Así pues el 'contenido esencial' mutaba en 'núcleo esencial'.⁵²

En la jurisprudencia existe evidencia de que el criterio de 'núcleo esencial' como límite infranqueable a las mayorías parlamentarias, y al poder en general, tenía en cuenta una comparación con los modelos constitucionales español y portugués.⁵³

En la sentencia C-646 de 2001, con base en los criterios indicados y otros no citados en el presente texto, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió que "el Código de Procedimiento Penal no debe ser tramitado como una ley estatutaria sino como una ley ordinaria".

Este camino de desarrollar parámetros y criterios cada vez más certeros y precisos, es un deber indispensable de la jurisprudencia y de la comunidad académica en general, por cuanto es la manera de reducir los márgenes de discrecionalidad e incertidumbre a la hora de decidir, la forma de dar mayores y mejores herramientas para establecer un debate racional público, de tal suerte que promueva la defensa de la seguridad jurídica.

Podría preguntarse por ejemplo, cuáles normas referentes al derecho a la salud han de aprobarse en los tiempos y mayorías que la Constitución establece para las leyes estatutarias, y cuáles no. El desarrollo conceptual y la comprensión de los elementos estructurales de la red de protección que el derecho a la salud extiende sobre las personas y las comunidades, será un aporte significativo en tal sentido.

Hacer las anteriores precisiones e invitar al desarrollo dogmático de las herramientas de

análisis judicial de las redes de protección que extienden los derechos sobre las personas, son las razones que me llevaron a aclarar hace un tiempo mi voto a la sentencia C-942 de 2009 y ahora a la sentencia C-791 de 2011.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

1 La ciudadana Emma Macana presentó argumentos en favor de la exequibilidad de la Ley 1438 de 2011 pero también pido que se declarara la inexecuibilidad del artículo 26 por lo tanto su intervención será recogida en los dos acápite siguientes.

2 Intervención del ciudadano Juan Guillermo Sánchez Gallego (folio 74).

3 Intervención de los ciudadanos Jorge Andrés Illera Cajiao, Luz Amparo Rodríguez, Diana Marcela Peñaranda, Tania Vanesa Eslava, Juan Fernando Arenas, Juan Camilo Acosta (folio 216).

4 Intervención de los ciudadanos Jorge Andrés Illera Cajiao, Luz Amparo Rodríguez, Diana Marcela Peñaranda, Tania Vanesa Eslava, Juan Fernando Arenas, Juan Camilo Acosta (folio 218).

5 Intervención del ciudadano Juan Guillermo Sánchez Gallego (folio 76).

6 Intervención de los ciudadanos Jorge Andrés Illera Cajiao, Luz Amparo Rodríguez, Diana Marcela Peñaranda, Tania Vanesa Eslava, Juan Fernando Arenas, Juan Camilo Acosta (folio 220).

7 Intervención de los ciudadanos Álvaro Jiménez Millán, Julián Álvarez Ruiz y Adriana Cortés García (folio 116).

8 Intervención de los ciudadanos Álvaro Jiménez Millán, Julián Álvarez Ruiz y Adriana Cortés García (folio 220).

9 Ibidem (folio 134).

10 Ibidem. (134).

11 Intervención de la ciudadana Emma Macana (folio 92).

12 Intervención del ciudadano Juan Manuel Díaz Granados Ortiz (folio 158).

13 Intervención del ciudadano Juan Manuel Charry Urueña (folio 98).

14 Sentencia C-448 de 1997. En esta providencia se consigna: “La violación de la reserva de ley estatutaria es un vicio de competencia y no de forma, aspecto en el cual son plenamente aplicables, mutatis mutandis, los criterios establecidos por esta Corporación cuando señaló que el desconocimiento de la regla de unidad de materia y de la reserva de ley orgánica son vicios materiales que no caducan. Se viola la reserva de ley estatutaria cuando el Congreso regula por medio de una ley ordinaria un contenido normativo que la Constitución ha reservado a las leyes estatutarias. Se trata pues, en apariencia, de una impugnación exclusivamente por vicios de forma, ya que parece referirse al puro procedimiento legislativo, esto es al trámite de aprobación y perfeccionamiento de las leyes, pues la violación de la Constitución no ocurre porque el contenido particular de un determinado artículo desconoce mandatos materiales de la Carta, o ha sido expedido por una autoridad a quien no corresponde hacerlo, sino únicamente porque fue incluido en una ley ordinaria y no en una ley estatutaria”. Más adelante se afirma:” La acción contra una ley ordinaria por haber violado la reserva de ley estatutaria no es un vicio de forma, y por ende la acción por tal razón no caduca.”

15 Artículos 153 y 241 -numeral 8- de la C. P. Sobre los anteriores requisitos procedimentales se ha pronunciado ampliamente esta Corporación, al respecto pueden consultarse las sentencias C-011, C-089, C-179 y C-180 de 1994, C-037 de 1996, C-371 de 2000, C-169 de 2001, C-179 de 2002 y C-307 de 2004 entre otras.

16 Sentencia C-307 de 2004.

17 En efecto, en la sentencia C-145 de 1994 sostuvo esta Corporación: “Por consiguiente, conforme a los anteriores argumentos, concluye la Corte Constitucional que a diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales, en el caso de las funciones electorales, la ley

estatutaria debe regular no sólo los elementos esenciales de las mismas sino todos aquellos aspectos permanentes para el ejercicio adecuado de tales funciones por los ciudadanos, lo cual incluye asuntos que podrían en apariencia ser considerados potestades menores o aspectos puramente técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral, como la fijación de las fechas de elecciones, el establecimiento de los términos de cierre de las inscripciones de candidatos o registro de votantes, la organización de las tarjetas electorales o de los sistemas de escrutinio, etc. Por su propia naturaleza, la ley estatutaria de funciones electorales es entonces de contenido detallado. Esto no impide que de manera excepcional ciertas materias electorales puedan ser reguladas mediante leyes ordinarias. Así, hay disposiciones que corresponden a aspectos puramente operativos para facilitar la realización de una elección concreta y guardan conexidad con el tema electoral sin ser en sí mismas funciones electorales, como la autorización de una apropiación presupuestal para financiar unas elecciones determinadas. Tales materias pueden ser reguladas mediante leyes ordinarias y no requieren del trámite de una ley estatutaria". Posteriormente, en la sentencia C-484 de 1996 se precisó lo manifestado en la sentencia C-145 de 1994, en relación con la reserva de ley estatutaria en materia electoral: "El término 'permanente' que se utiliza para diferenciar las normas que deben ser materia de ley estatutaria y las que no, puede inducir a una cierta confusión, en la medida en que la definición de lo que es permanente o transitorio dependerá en muchos casos del criterio subjetivo del legislador, y en tanto que para la definición no necesariamente ha de tenerse en cuenta si la norma puede tener amplias repercusiones en los resultados finales de las elecciones. Por eso, atendiendo a la importancia que tiene la normatividad electoral para la definición de quiénes serán los gobernantes y para la legitimidad de éstos, así como al hecho de que las reglas electorales deben constituir un cuerpo coherente e interdependiente de normas, es válido complementar lo expresado en la mencionada sentencia, precisando que todas las normas que se ocupen de la reglamentación de los órganos de administración electoral y de los procesos electorales mismos han de ser materia de leyes estatutarias. A este principio escaparían únicamente aquellos aspectos que fueran absolutamente accesorios e instrumentales. De esta forma, se logra un mayor grado de estabilidad de las leyes electorales, con lo cual se le brinda a los distintos grupos políticos en disputa mayor certeza acerca de las normas que rigen su competencia por el poder y se garantiza a los grupos de oposición que esas reglas no podrán ser variadas fácilmente por las mayorías establecidas."

19 En la sentencia C-226 de 1994 sostuvo esta Corporación: "En relación con los derechos

fundamentales, el mandato constitucional del artículo 142 constitucional no es absoluto, pues no sólo las leyes estatutarias pueden regular derechos fundamentales. En efecto, la competencia legislativa ordinaria está directamente habilitada por la Carta para regular derechos fundamentales y si no se presentara tal evento, la mencionada competencia ordinaria se transformaría en exceptiva, ya que directa o indirectamente gran parte de las leyes tocan algún o algunos derechos fundamentales. En materia de derechos fundamentales debe efectuarse “una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria porque una interpretación extensiva convertiría la excepción -las leyes estatutarias basadas en mayorías cualificadas y procedimientos más rígidos- en regla, en detrimento del principio de mayoría simple que es el consagrado por la Constitución”. Esto significa que las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección, pero no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico” (negrillas fuera del original).

20En este sentido se afirmó en la sentencia C-313 de 1994: “Las leyes estatutarias a que se refiere el artículo 152-a de la Constitución Política se ocupan de regular, de modo preferentemente positivo y directo, el ejercicio de los derechos fundamentales. Bien distinto es el contenido de aquellas normas mediante las cuales el Estado, al ejercitar el ius puniendi, limita alguno de esos derechos, a manera de sanción imputable a una conducta tipificada como delictiva. Tal es el caso de las disposiciones que integran el código penal que, por las razones expuestas, no están sujetas al trámite especial de las leyes estatutarias ni participan de la naturaleza jurídica propia de éstas. Obsérvese, finalmente, que la ley estatutaria se refiere, en cada caso, a un derecho determinado y su fin es desarrollar su ámbito a partir de su núcleo esencial definido en la Constitución” (negrillas fuera del original).

21 Ha sostenido esta Corporación al respecto: “En consecuencia, cuando de la regulación de un derecho fundamental se trata, la exigencia de que se realice mediante una ley estatutaria, debe entenderse limitada a los contenidos más cercanos al núcleo esencial de ese derecho, ya que se dejaría, según interpretación contraria, a la ley ordinaria, regla general legislativa, sin la posibilidad de existir; toda vez que, se repite, de algún modo, toda la legislación de manera más o menos lejana, se encuentra vinculada con los derechos fundamentales (negrillas fuera del original). Sentencia C-408 de 1994.”

22 Sentencias C-425 de 1994, C-247 de 1995, C-374 de 1997, C-251 de 1998, C-1338 de 2000.

23 Reiterada en la sentencia C-687 de 2002.

24 En la sentencia C-993 de 2004 sostuvo la Corte Constitucional: “Cuando una ley regule aspectos principales e importantes del núcleo esencial de un derecho fundamental, en este caso del habeas data, el proceso de formación de esta ley debe haber sido el de una ley estatutaria so pena de ser expulsada del ordenamiento jurídico por vicios de forma.”

25 En esta providencia se sostuvo: “La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado cinco reglas interpretativas que permiten conocer cuáles son las regulaciones sobre derechos fundamentales que deben ser objeto de ley estatutaria y en que casos corresponde al legislador ordinario establecer las limitaciones o restricciones del derecho, a saber: i) La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales es excepcional, en tanto que la regla general se mantiene a favor del legislador ordinario; ii) La regulación estatutaria u ordinaria no se define por la denominación adoptada por el legislador, sino por su contenido material. En consecuencia, el trámite legislativo ordinario o estatutario será definido por el contenido del asunto a regular y no por el nombre que el legislador designe; iii) mediante ley estatutaria se regula únicamente el núcleo esencial del derecho fundamental, de tal forma que si un derecho tiene mayor margen de configuración legal, será menor la reglamentación por ley estatutaria; iv) las regulaciones integrales de los derechos fundamentales debe realizarse mediante ley cualificada y, v) Los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental deben regularse mediante ley estatutaria. De esta forma, es claro que la regulación puntual y detallada del derecho corresponde al legislador ordinario. Al respecto, la Corte dijo que “las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección, pero no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todo aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico.” En la misma providencia se declaró la inexecutable del artículo 25; del literal d) del artículo 10º y de la expresión “e implementar el proceso de recertificación dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley”, contenida en el parágrafo 1º del artículo 10º de la Ley 1164 de 2007 y de la expresión “y será actualizada con base en el cumplimiento

del proceso de recertificación estipulado en la presente ley”, del artículo 24 de la misma ley porque fueron aprobadas mediante ley ordinaria a pesar de que regulaban el núcleo esencial de los derechos a ejercer la profesión y al trabajo de los profesionales de la salud, por lo que debían ser tramitadas mediante ley estatutaria.

26 Se consigna en esta providencia: “De manera concreta, en cuanto a la exigencia contenida en el literal a) del artículo 152 superior, conforme a la cual deben tramitarse como estatutarias aquellas leyes que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los procedimientos y recursos para su protección, esta Corporación ha adoptado criterios restrictivos de interpretación de dicha obligación. Entre estos criterios restrictivos está en primer lugar aquel conforme al cual sólo cuando la ley en cuestión afecte el núcleo esencial de dichos derechos y deberes superiores, debe el Congreso de la República acudir al procedimiento agravado previsto en el artículo 153 constitucional. Un segundo criterio restrictivo de interpretación del artículo 152 constitucional ha consistido en señalar que la exigencia de ley estatutaria sólo se aplica a la regulación “integral” o completa que se haga de las materias mencionadas en dicha norma superior. También en relación concreta con la regulación de los derechos fundamentales, un tercer criterio de interpretación restringida del literal a) del artículo 152 de la Constitución ha consistido en decir que sólo se sujetan al trámite estatutario aquellas iniciativas cuyo objeto directo sea desarrollar el régimen de los derechos fundamentales o de alguno de ellos en particular. Así las cosas, si la reserva de ley estatutaria opera solo para aquellas leyes cuyo objeto directo es desarrollar la regulación de los derechos fundamentales, en sentido contrario debe entenderse que “si el objeto de la ley es regular materias relacionadas con un derecho fundamental, pero no el derecho fundamental en sí mismo, el trámite de ley estatutaria no es requerido”. Por último, el cuarto criterio de interpretación restringida al que ha acudido la Corte para interpretar el artículo 152 de la Constitución ha sido el referente a que “solamente se requiere de este trámite especial cuando la ley regula “de manera integral un mecanismo de protección de derechos fundamentales”, siempre que se trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho fundamental.”

27

28 En efecto en la sentencia T-426 de 1992 sostuvo esta Corporación: “La teoría del núcleo esencial tiene una estrecha conexión con la reserva de ley para regular los derechos. Esta

última persigue que sólo puede ser el legislador el órgano llamado a limitar ciertos derechos fundamentales como garantía de su integridad. No obstante, cuando el legislador haga uso de sus facultades expresas para restringir o limitar ciertos derechos fundamentales debe respetar el valor de la decisión constituyente en torno a la fundamentalidad de un derecho, esto es, su núcleo esencial. La garantía del núcleo esencial o intangible de los derechos fundamentales impide que el legislador en uso de la reserva legal (autorización constitucional para limitar los derechos) se convierta en amo y señor de los mismos, lo cual llevaría a su vaciamiento". En el mismo sentido la sentencias SU-642 de 1998 y C-993 de 2004. Cabe recordar además que el concepto de núcleo esencial fue recogido inicialmente en la Ley Fundamental de Bonn, y posteriormente adoptada en otros ordenamientos constitucionales como el español en el sentido de un límite intangible de los derechos frente a la actividad del legislador.

29 En esa decisión se afirmó: "No le es dable al legislador en ningún caso, sea por intermedio de una ley estatutaria que regule los aspectos principales e importantes de un derecho fundamental o sea a través de una ley ordinaria que regule aspectos no principales y menos importantes de un derecho fundamental; vulnerar la esencia de este tipo de derechos. El núcleo esencial de un Derecho Fundamental no puede ser afectado por el Legislador".

30 Jesús González Amuchástegui, "Los límites de los derechos fundamentales", en Constitución y derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 441.

31 ARTÍCULO 6o. La libertad religiosa y de cultos garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente autonomía jurídica e inmunidad de coacción, entre otros, los derechos de toda persona:

- a) De profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente su religión o creencias religiosas o la ausencia de las mismas o abstenerse de declarar sobre ellas;
- b) De practicar, individual o colectivamente, en privado o en público, actos de oración y culto; conmemorar sus festividades; y no ser perturbado en el ejercicio de estos derechos;
- c) De recibir sepultura digna y observar los preceptos y ritos de la religión del difunto en todo

lo relativo a las costumbres funerarias con sujeción a los deseos que hubiere expresado el difunto en vida, o en su defecto expresare su familia. Para este efecto, se procederá de la siguiente manera:

1. Podrán celebrarse los ritos de cada una de las Iglesias o confesiones religiosas en los cementerios dependientes de la autoridad civil o de propiedad de los particulares.

2. Se observarán los preceptos y los ritos que determinen cada una de las Iglesias o confesiones religiosas con personería jurídica en los cementerios que sean de su propiedad.

3. Se conservará la destinación específica de los lugares de culto existentes en los cementerios dependientes de la autoridad civil o de los particulares, sin perjuicio de que haya nuevas instalaciones de otros cultos;

d) De contraer y celebrar matrimonio y establecer una familia conforme a su religión y a las normas propias de la correspondiente Iglesia o confesión religiosa. Para este fin, los matrimonios religiosos y sus sentencias de nulidad, dictadas por las autoridades de la respectiva Iglesia o confesión religiosa con personería jurídica tendrán efectos civiles, sin perjuicio de la competencia estatal para regularlos;

e) De no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales;

f) De recibir asistencia religiosa de su propia confesión en donde quiera que se encuentre y principalmente en los lugares públicos de cuidados médicos, en los cuarteles militares y en los lugares de detención;

g) De recibir e impartir enseñanza e información religiosa, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento, a quien desee recibirla; de recibir esa enseñanza e información o rehusarla;

h) De elegir para sí y los padres para los menores o los incapaces bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral según sus propias convicciones. Para este efecto, los establecimientos docentes ofrecerán educación religiosa y moral a los educandos de acuerdo con la enseñanza de la religión a la que pertenecen, sin perjuicio de su derecho de no ser obligados a recibirla. La voluntad de no recibir enseñanza

religiosa y moral podrá ser manifestada en el acto de matrícula por el alumno mayor de edad o los padres o curadores del menor o del incapaz;

i) De no ser impedido por motivos religiosos para acceder a cualquier trabajo o actividad civil, para ejercerlo o para desempeñar cargos o funciones públicas. Tratándose del ingreso, ascenso o permanencia en capellanías o en la docencia de educación religiosa y moral, deberá exigirse la certificación de idoneidad emanada de la Iglesia o confesión de la religión a que asista o enseñe;

j) De reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas, de conformidad con lo establecido en la presente Ley y en el ordenamiento jurídico general.

32 ARTÍCULO 7o. El derecho de libertad religiosa y de cultos, igualmente comprende, entre otros, los siguientes derechos de las Iglesias y confesiones religiosas:

a) De establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos y de que sean respetados su destinación religiosa y su carácter confesional específico;

b) De ejercer libremente su propio ministerio; conferir órdenes religiosas, designar para los cargos pastorales; comunicarse y mantener relaciones, sea en el territorio nacional o en el extranjero, con sus fieles, con otras Iglesias o confesiones religiosas y con sus propias organizaciones;

c) De establecer su propia jerarquía, designar a sus correspondientes ministros libremente elegidos, por ellas con su particular forma de vinculación y permanencia según sus normas internas;

d) De tener y dirigir autónomamente sus propios institutos de formación y de estudios teológicos, en los cuales pueden ser libremente recibidos los candidatos al ministerio religioso que la autoridad eclesiástica juzgue idóneos. El reconocimiento civil de los títulos académicos expedidos por estos institutos será objeto de convenio entre el Estado y la correspondiente Iglesia o confesión religiosa o, en su defecto, de reglamentación legal;

e) De escribir, publicar, recibir y usar libremente sus libros y otras publicaciones sobre cuestiones religiosas;

f) De anunciar, comunicar y difundir, de palabra y por escrito, su propio credo a toda persona, sin menoscabo del derecho reconocido en el literal g) del artículo 6o. y manifestar libremente el valor peculiar de su doctrina para la ordenación de la sociedad y la orientación de la actividad humana;

g) De cumplir actividades de educación, de beneficencia, de asistencia que permitan poner en práctica los preceptos de orden moral desde el punto de vista social de la respectiva confesión.

PARÁGRAFO. Los Concejos Municipales podrán conceder a las instituciones religiosas exenciones de los impuestos y contribuciones de carácter local en condiciones de igualdad para todas las confesiones e Iglesias.

33 El artículo 44 señala que la salud es un derechos fundamental de los niños, el artículo 50 consigna que todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. El artículo 52 refiere que el ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas tienen como función la formación integral de las personas, preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano. De conformidad con el artículo 54 el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud. El artículo 64 señala que es deber del Estado promover el acceso de los trabajadores agrarios a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos. El artículo 78 señala que serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. Entre los deberes del ciudadano, enunciados por el artículo 95 constitucional esta el de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. El artículo 300.10 señala corresponde a las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas regular, en concurrencia con el municipio, el deporte, la educación y la salud en los términos que determine la ley. Según el artículo 336 las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas

exclusivamente a los servicios de salud y las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. Los artículos 356 y 357 contienen reglas relacionadas con la destinación de los recursos del sistema general de participaciones al servicio de salud. Por último, el artículo 336 consigna que es objetivo fundamental de la actividad estatal la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

34 Como señala la doctrina resulta más apropiado referirse al derecho a la protección o a la tutela de la salud que utilizar la denominación de derecho a la salud, por tratarse la salud de un bien natural, un estado de existencia –según la definición de la OMS “un completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad y dolencias”- sobre el cual no se puede tener derecho.

35 El reconocimiento del carácter prestacional del derecho a la salud nada dice sobre la naturaleza iusfundamental de este derecho, al respecto cabe señalar que actualmente coexisten distintas líneas argumentativas al interior de la jurisprudencia de esta Corporación sobre la naturaleza del derecho a la salud, algunas de las cuales destacan su carácter de derecho fundamental bien sea por conexidad con otros derechos per se fundamentales (tales como la vida, la integridad personal o a dignidad humana, ver sentencias T-592, T-946 de 2007), bien sea respecto de ciertas prestaciones (las definidas legal o reglamentariamente, ver sentencias T-859 y T-860 de 2003) o respecto de ciertos sujetos (los niños por mandato expreso del artículo 44 constitucional u otros sujetos de especial protección como las personas de la tercera edad (ver sentencias T-1019 de 2006, T-592 de 2007), o que incluso afirman su carácter de derecho fundamental autónomo. Reveladora de esta última postura es la sentencia T-016 de 2007 en la cual se sostiene:

“11.- Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida

en condiciones de dignidad.

En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda solicitarse prima facie por vía de tutela. Su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos. Que ello sea así, no despoja al derecho a la salud de su carácter fundamental, de modo que insistimos: resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud – supuestamente no fundamental – con el derecho a la vida u otro derecho fundamental – supuestamente no prestacional-.

12.- Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional³⁵ y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho

(...)

13.- Puede decirse, por consiguiente, que las restricciones de tipo presupuestario, las cuales no sin frecuencia se conectan con la puesta en práctica de los derechos fundamentales, suponen que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y reglamentarias, para hacer viable la eficacia de estos derechos. En otros términos, existen derechos cuya

implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otros derechos y depende de fuertes erogaciones económicas. Estos derechos, no obstante, no pierden por mediar ese desarrollo político, reglamentario y técnico su carácter fundamental.

La fundamentalidad de los derechos cuyo contenido es acentuadamente prestacional, tal como sucede con el derecho a la salud, se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en implementar medidas orientadas a realizar estos derechos en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de personas colocadas en situación evidente de indefensión. La falta de capacidad económica, el estado de indigencia, el alto riesgo de ver afectadas las personas la posibilidad de vivir una vida digna, son circunstancias que han de ser consideradas por los jueces para determinar la procedencia de la tutela en caso de omisión legislativa y administrativa pues se trata de derechos fundamentales”.

36 Así lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación respecto de la denominada Constitución económica en general y respecto del régimen de los servicios públicos en particular, ver entre otras las sentencias C-040 de 1993, C-398 de 1995 y la C-713 de 1998, en materia de servicios públicos domiciliarios puede consultarse las sentencias C-150 de 2003 y la C-075 de 2006.

37 Sentencia T-406 de 1992.

38 En la sentencia C-150 de 2003 se sostuvo que entre distintas manifestaciones del principio del estado social de derecho se contaban, por ejemplo “(...) los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (art. 13 inc. segundo de la C.P.); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 inc. tercero de la C.P.); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (arts. 43 a 49 de la

C.P.); apoyar a los desempleados (art. 54 de la C.P.) y promover el pleno empleo así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (art. 334, inc. segundo de la C.P.); y, en general, dar prioridad sobre cualquier otra asignación al gasto social para la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales (art. 366 de la C.P.). La interpretación sistemática del principio fundamental del Estado social de derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas. Por la concepción material de la igualdad, el grado y tipo de protección requerido varía entre situaciones diferentes, cuando se trata de distribuir y asignar recursos escasos en un contexto en el que existen objetivamente necesidades insatisfechas que el Estado debe prioritariamente atender”.

39 Así el artículo 365 constitucional señala claramente que podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente.

41 Doctrinalmente se ha construido teorías de los derechos a partir del concepto de necesidades según las cuáles los primeros serían la materialización jurídica de las segundas, en esa medida se ha considerado que las necesidades son el fundamento de los derechos, pues las necesidades se convierten en razones para el reconocimiento de derechos abstractos. Ver Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional, 2005 pag. 293 y s.s.

42 Concepto introducido en el constitucionalismo contemporáneo por Forsthoff el cual define una nueva forma de relación entre el individuo y el Estado basada en el concepto de participación del individuo en las prestaciones del Estado, participación a la cual se le otorga la protección del derecho público mediante la procura existencial, sin embargo, esto no predetermina las formas jurídicas mediante las cuales el Estado ejercerá estas funciones pues su ejercicio puede corresponder a formas jurídico-privadas las cuales sin embargo deben gozar de una especial protección de derecho público y corresponde al Estado delimitar el contenido material de la prestación. Ver Nuria Magaldi, *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, Serie de teoría

jurídica y filosofía del derecho, No. 48, p. 73 s.s.

43 Ver por ejemplo las sentencias T-592 y T-946 de 2007.

44 Esta línea argumentativa se inicia en las sentencias T-859 y T-860 de 2003.

45 En la jurisprudencia reciente de esta Corporación defienden esta postura las sentencias T-1019 de 2006 y T-592 de 2007.

46 Al respecto consignó: “El artículo 152 de la Carta Política establece la reserva de ley estatutaria para determinadas materias, relacionadas con (i) los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; (ii) administración de justicia; (iii) organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, estatuto de la oposición y funciones electorales; (iv) instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (v) estados de excepción; y (vi) la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República // Las consecuencias de esta previsión constitucional son de carácter formal y material. En primer término, la reserva de ley estatutaria implica, en los términos del artículo 153 C.P., que el trámite legislativo previo a su aprobación debe cumplir requisitos y controles específicos. Así, deberán votarse favorablemente por la mayoría absoluta de miembros del Congreso y el trámite deberá cumplirse en una sola legislatura. A su vez, el proyecto de ley aprobado está sometido al control automático de constitucionalidad por parte de esta Corporación. Frente a los efectos materiales, la Corte ha reconocido que las normas estatutarias, en razón del estatus que adquieren en el ordenamiento jurídico, hacen parte del parámetro de constitucionalidad para la legislación ordinaria.”

47 La ley tuvo origen en el Proyecto de ley número 01 de 2010 Senado, por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y se dictan otras disposiciones. Acumulado con el Proyecto de ley número 95 de 2010 Senado, por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Proyecto de ley número 143 de 2010 Senado, por la cual se eliminan barreras de acceso en los servicios de salud y se dinamizan los procesos de atención, Proyecto de ley número 147 de 2010 Senado, por la cual se reforma parcialmente la ley 1122 de 2007 y se dictan otras disposiciones, Proyecto de ley número 160 de 2010 Senado, por la cual se modifica parcialmente el artículo 224 de la ley 100 de 1993, Proyecto de ley número 161 de 2010

Senado, por la cual se contribuye al fortalecimiento de las condiciones laborales y humanas de los estudiantes, trabajadores y profesionales de la salud y se fomenta la participación ciudadana en la prestación y administración de los servicios de salud, Proyecto de ley número 182 de 2010 Senado, por la cual se establecen medidas para fortalecer el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Proyecto de ley número 111 de 2010 Cámara, por la cual se modifican algunos Artículos de las leyes 100 del 26 de diciembre de 1993 y 1122 de 2007, Proyecto de ley número 126 de 2010 Cámara, por la cual se regula el servicio público de seguridad social en salud, se sustituye el Libro II de la ley 100 de 1993, se adopta el Estatuto Único del Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, Proyecto de ley número 035 de 2010 de iniciativa gubernamental, por la cual se dispone lo relativo al financiamiento del defensor del usuario, y Proyecto de ley número 087 de 2010 Cámara, por la cual se modifican algunos artículos de las leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007. Fue objeto de mensaje de urgencia gubernamental y fue debatido conjuntamente por las comisiones séptimas constitucionales permanentes del Senado y de la Cámara de Representantes. Ver Gacetas del Congreso No.435 de 2010, 913 de 2010, 914 de 2010, 1003 de 2010, 1004 de 2010, 1019 de 2010, 1048 de 2010, 1055 de 2010, 1077 de 2010, 1078 de 2010, 1079 de 2010, 1089 de 2010, 75 de 2011, 211 de 2011 y 287 de 2011.

48 Los criterios han sido resumidos por la jurisprudencia en los siguientes términos: “(i)— Que se trate de uno de los asuntos expresa y taxativamente incluidos en el artículo 152 de la Carta. [...] || (ii) — Que se trate de un derecho fundamental, no de un derecho constitucional de otra naturaleza. [...] || (iii) — Que desarrolle y complemente derechos fundamentales. [...] || (iv)— Que la regulación de que se trate afecte el núcleo [...] de derechos fundamentales. [...] || (v)— Que la regulación que se haga de las materias sometidas a reserva de ley estatutaria sea integral. [...] || (vi)— Que regule de manera integral un mecanismo de protección de derechos fundamentales. [...] || (vii)— Que se trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho fundamental. [...]” Corte Constitucional, sentencia C-646 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). En la sentencia C-791 de 2011, en el capítulo 5 de las consideraciones, se afirma que la sentencia C-646 de 2001 sólo hace referencia a cuatro criterios, no a siete. La imprecisión se debe a que la sentencia C-791 de 2011 no se refiere en realidad a la sentencia C-646 de 2001, sino a la cita que de ésta hace la posterior sentencia C-687 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett; SV Jaime Araujo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra).

49 Justifica la decisión la sentencia C-791 de 2011 en los siguientes términos: “[...] la ley trata esencialmente lo relacionado con el servicio público de salud, empero, debido a sus componentes prestacionales necesariamente la provisión del servicio público delimita y configura el derecho a la salud. Pues al definirse cuestiones relacionadas con el servicio público igualmente se definen las prestaciones a las que se tiene derecho, sus titulares y los sujetos obligados. Ahora bien, la relación entre la regulación del servicio público y el derecho a la salud no tiene siempre la misma intensidad, pues por ejemplo aquellas disposiciones que definen las prestaciones que pueden ser exigidas por los usuarios hacen parte del derecho fundamental a la salud (como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de las sentencias T-859 y T-860 de 2003), mientras que la regulación de la financiación del sistema de seguridad social en salud no tiene una relación tan estrecha, aunque no cabe duda que el flujo de recursos guarda relación con la efectiva garantía de la salud o al menos de algunos de sus componentes tales como la disponibilidad y la accesibilidad, y aun puede ser entendido como más tenue el vínculo entre el derecho y las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de ciertos entes estatales, sin que llegue a desaparecer pues precisamente el ejercicio de esas funciones estatales garantiza la eficiente prestación del servicio y a su vez una efectiva garantía del derecho. || De manera tal que se genera una conexidad normativa entre las distintas facetas de la salud, lo que obliga a una especial prudencia cuando se trata de examinar el alcance de la reserva de ley estatutaria en la materia. En efecto, entender que todo lo relacionado con la salud está sujeto a esta modalidad legislativa llevaría a una rigidez normativa que, dadas las particulares exigencias del procedimiento de expedición de una ley estatutaria, produciría una suerte de petrificación normativa (o congelamiento del tipo como ha sido denominado previamente la jurisprudencia constitucional) que por un lado tendría consecuencias claramente desfavorables, pues dificultaría la adopción de medidas dirigidas a hacer más eficiente la prestación del servicio público o inclusive a ampliar los componentes prestacionales del derecho a la salud, pero además desde la perspectiva estrictamente constitucional supone una restricción de la libertad de configuración del Legislador, e iría en contra de la jurisprudencia de esta Corporación que ha defendido de manera reiterada un entendimiento restrictivo de la reserva de ley estatutaria.”

50 Reiterada posteriormente, entre otras, por las sentencias C-981 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto); C-756 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra); C-662 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV Humberto Antonio Sierra Porto); C-182 de 2010 (MP Jorge

Ignacio Pretelt Chaljub); C-398 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

51 Corte Constitucional, sentencia T-002 de 1992 (MP Alejandro Martínez Caballero).

52 En las primeras sentencias de la Corte aún se mantenía la diferencia, aunque ya se afirma categóricamente que los derechos fundamentales tienen un núcleo fundamental. Así, por ejemplo, en la sentencia T-009 de 1992 (MP Alejandro Martínez Caballero), en la cual se citó la sentencia T-002 de 1992 y su distinción con 'contenido esencial' de un derecho, se afirmó lo siguiente: "Los derechos tienen un "núcleo esencial" que se expresa en varias manifestaciones de la Carta. Por ejemplo, en el caso concreto, la educación, como núcleo esencial, está consagrada en los artículos 26 y 27 precitados, debido a que lógicamente no es posible 'enseñar' ni 'aprender', sin pensar al mismo tiempo en 'educar'."

53 En el salvamento a la sentencia C-381 de 1995 (MP Vladimiro Naranjo Mesa; SV Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo el Magistrado: "En este mismo sentido, aunque con algunos matices singulares, las Constituciones Española y Portuguesa, recogen el dispositivo del núcleo esencial como límite insuperable de la ley reguladora de los derechos. En efecto, señala el artículo 53 de la Constitución Española: '1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)'. Por su parte, el artículo 18.3 de la Constitución de Portugal, expresa: 'no se puede disminuir la extensión y alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales'."