

Sentencia C-850-09

Referencia: expediente OP-116.

Objeciones presidenciales al proyecto de ley 094/07 Senado - 336/08 Cámara, "Por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia".

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., noviembre veinticinco (25) dos mil nueve (2009).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Mediante oficio recibido el 26 de enero de 2009 en la Secretaría General de la Corte Constitucional, el Presidente del Senado de la República remitió el proyecto de ley 094/07 Senado - 336/08 Cámara, "Por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia", objetado por el Ejecutivo por razones de inconstitucionalidad, siendo radicado como expediente OP-116.

En providencia de febrero 5 del año en curso, se dispuso fijar en lista el asunto y se ordenó oficiar a los secretarios generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, para que remitieran información sobre el acto sometido al juicio constitucional.

En auto de febrero 18 del año en curso, la Sala Plena de esta corporación dispuso abstenerse de decidir sobre las objeciones presidenciales al proyecto de ley de la referencia y ordenó devolver al Presidente de la Cámara de Representantes el expediente legislativo para que diera cumplimiento al artículo 167 de la Constitución Política.

Con oficio de abril 3 del cursante año, el Presidente del Senado de la República remitió nuevamente el expediente del proyecto de ley, incluyendo la aprobación del informe sobre las objeciones en sesión plenaria de la Cámara de Representantes.

Cumplido el mencionado trámite y recibido el concepto del señor Procurador General de la Nación, corresponde entonces a esta Corte pronunciarse sobre las objeciones presidenciales.

II. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY

A continuación se transcribe el texto del proyecto de ley objetado por el Gobierno:

"LEY No.

'POR EL DERECHO A LA VIDA DE LOS NIÑOS CON CÁNCER EN COLOMBIA'

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

OBJETO, DEFINICIONES, BENEFICIARIOS MODELO INTEGRAL DE ATENCIÓN Y ASEGURADORES

ARTÍCULO 1°. Objeto de la Ley. Disminuir de manera significativa, la tasa de mortalidad por cáncer en los niños y personas menores de 18 años, a través de la garantía por parte de los actores de la seguridad social en salud, de todos los servicios que requieren para su detección temprana y tratamiento integral, aplicación de protocolos y guías de atención estandarizados y con la infraestructura, dotación, recurso humano y tecnología requerida, en Centros Especializados habilitados para tal fin.

PARÁGRAFO. El Ministerio de la Protección Social con la Asesoría del Instituto Nacional de Cancerología y la Asociación Colombiana de Hematología y Oncología Pediátrica (ACHOP) diseñará, actualizará, y/o mejorará, según el anexo técnico de la presente Ley, los requisitos esenciales de los Centros de Atención, los protocolos y las guías, para las causas más frecuentes de cáncer infantil en Colombia, dentro de un plazo máximo de 12 meses.

ARTÍCULO 2°. Beneficiarios. Son beneficiarios de la presente Ley:

1. La población menor de 18 años a quien se le haya confirmado, a través de los estudios pertinentes, el diagnóstico de cáncer en cualquiera de sus etapas, tipos o modalidades, certificado por el Onco-hematólogo Pediátrico, debidamente acreditado para el ejercicio de su profesión, de acuerdo con la normatividad vigente y el anexo técnico.
2. La población menor de 18 años con diagnóstico confirmado y certificado por el Onco-hematólogo Pediátrico de Aplasias Medulares y Síndromes de Falla Medular, Desórdenes Hemorrágicos Hereditarios, Enfermedades Hematológicas Congénitas, Histiocitosis y Desórdenes Histiocitarios
3. La población menor de 18 años, cuando el médico general o cualquier especialista de la medicina, tenga sospecha de cáncer o de las enfermedades enunciadas en el numeral 2 del presente artículo y se requieran exámenes y procedimientos especializados, hasta tanto el diagnóstico no se descarte.

PARÁGRAFO. Cuando el médico tratante, independientemente de su especialidad, presuma la existencia de cáncer o de las patologías mencionadas en el numeral 2 del presente artículo, deberá remitir al paciente, a la unidad de cáncer correspondiente a la zona, sin perjuicio de ordenar todos los exámenes de apoyo diagnóstico y procedimientos especializados que se consideren indispensables hasta que el diagnóstico sea descartado.

ARTÍCULO 3°. Garantía de la Atención. El Ministerio de la Protección Social, en un término de 6 meses, reglamentará la creación y puesta en marcha de una base de

datos para la agilidad de la atención del menor con Cáncer.

De manera que el médico que tenga la presunción diagnóstica de Cáncer en un menor, beneficiario de la presente Ley, lo incluirá en esta base de datos, que podrá ser consultada en tiempo real y que le permitirá a la EPS, ARS o Entidad Territorial a cargo, según los regímenes de la seguridad social en salud vigentes en el país, encontrar al paciente en el sistema.

En esta base de datos se especificará que cada beneficiario de la presente ley, contará, a partir de ese momento y hasta que el diagnóstico no se descarte, con la autorización de todos los procedimientos, de manera integral e inmediata.

PARÁGRAFO. Estos procedimientos serán entendidos como todos los elementos y servicios que se requieran para la atención de los beneficiarios de la presente Ley como consultas, exámenes de apoyo diagnóstico, medicamentos, intervenciones quirúrgicas y el seguimiento al paciente.

Si el paciente pertenece al grupo de los denominados vinculados al sistema de seguridad social en salud, será afiliado de manera inmediata, a una Empresa Promotora de Salud de este régimen. Si ello no fuere posible, por cualquier causa, seguirá recibiendo esta atención integral, a cargo de la entidad territorial.

ARTÍCULO 4°. Modelo Integral de Atención. A partir de la confirmación del diagnóstico de Cáncer y hasta tanto el tratamiento concluya, los aseguradores autorizarán todos los servicios que requiera el menor, de manera inmediata. Estos servicios se prestarán en la Unidad de Atención de Cáncer Infantil, de acuerdo con el criterio de los médicos tratantes en las distintas especialidades, respetando los tiempos, para confirmación de diagnóstico e inicio del tratamiento que establezcan las guías de atención, independientemente de que los mismos, tengan una relación directa con la enfermedad principal o que correspondan a otros niveles de complejidad en los modelos de atención de los aseguradores.

En caso de que la Unidad no cuente con este servicio o no cuente con la capacidad disponible, se remitirá al centro que ésta seleccione, sin que sea una limitante, el pago de COPAGOS o Cuotas Moderadoras, ni los períodos de carencia, independientemente del número de semanas cotizadas.

Cuando el menor deba ser trasladado a otra Unidad de Cáncer Infantil, ello se hará de manera coordinada entre la entidad remitora y receptora, o el ente territorial y la EPS, debiendo la primera suministrar toda la información necesaria para que el tratamiento del menor se continúe sin ningún tropiezo.

PARÁGRAFO 1°. Será la Unidad de Cáncer Infantil quién suministre los medicamentos de óptima calidad, y quién los facture a la EPS correspondiente, de acuerdo con los requisitos por ésta establecidos. Así mismo, se garantizará la aplicación de los tratamientos preventivos que como Vacunación Anual contra Influenza, deben recibir los familiares y convivientes del menor, los cuales se suministrarán en la Unidad de Cáncer Infantil, de acuerdo con la guía de atención y protocolos; esto con el propósito de evitar

que la falta de estas medidas preventivas, ponga en peligro la efectividad del tratamiento del menor.

PARÁGRAFO 2°. La aseguradora o la entidad territorial, según las normas vigentes y aquellas que defina la Comisión Reguladora de Salud, podrá repetir contra el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA, FOSYGA, el valor de los servicios que no se encuentren incluidos en su respectivo Plan de Beneficios y que hayan sido suministrados al menor enfermo de Cáncer. En todo caso, los beneficiarios de la presente ley, no están sujetos a los períodos de carencia ni a los COPAGOS o cuotas Moderadoras. El Ministerio de la Protección Social reglamentará en un plazo de 6 meses, el procedimiento para efectuar este recobro de manera ágil.

PARÁGRAFO 3°. Cualquier atención o servicio formulado al menor con cáncer, estará soportado en los protocolos y guías de atención a que hace referencia el artículo primero de la presente Ley y en el anexo técnico y mientras éstos se elaboran, en el criterio del especialista responsable de su tratamiento.

PARÁGRAFO 4°. La aseguradora o la entidad territorial que no cumpla con lo dispuesto en este artículo, retarde, obstaculice o dificulte el acceso inmediato del menor a los servicios que requiere, será sancionado con una multa hasta de 200 SMMLV. La Superintendencia de Salud y las Secretarías Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, en ejercicio de sus competencias serán las entidades encargadas de la Inspección, Vigilancia y Control.

CAPITULO II

DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS

ARTÍCULO 5°. Las Unidades de Atención de Cáncer Infantil (UACAI). A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, las unidades de Atención de Cáncer Infantil en Colombia, estarán ubicadas en los hospitales o clínicas de nivel III y IV de complejidad pediátricos o con servicio de pediatría de nivel III o IV y cumplir los requisitos que establece la Resolución 1043 del Ministerio de la Protección Social, el Anexo Técnico, u otra reglamentación que se expida encaminada a optimizar la prestación de los servicios a los menores que padecen Cáncer.

PARÁGRAFO 1°. El Ministerio de la Protección Social se encargará de sectorizar la atención teniendo en cuenta las necesidades de la demanda para que su ubicación geográfica sea racional.

PARÁGRAFO 2°. El Ministerio de la Protección Social en un plazo máximo de 6 meses reglamentará los requisitos esenciales de las Unidades de Atención de Cáncer Infantil, así como el número de Unidades por ente territorial, de conformidad con la demanda, contando con la asesoría del Instituto Nacional de Cancerología y la Sociedad de Onco-Hematología Pediátrica, y tales requisitos serán exigidos a todas las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que oferten cualquier servicio de atención a menores con cáncer a los que se refiere la presente Ley.

ARTÍCULO 6°. De los Plazos para cumplir las condiciones básicas de la Unidad de Atención de Cáncer Infantil. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, que cumplan con lo estipulado en este artículo, en cuanto a nivel de complejidad, que en la actualidad se encuentren prestando los servicios para tratar menores con cáncer, tendrán un plazo máximo de dos años para habilitar los requisitos establecidos en el anexo técnico, teniendo en cuenta las siguientes prioridades:

a) Inmediato: Área delimitada específica y exclusiva para la Unidad de Cáncer Infantil, con personal exclusivo. Los menores no estarán dispersos por todo el Hospital tanto en salas de internación como para quimioterapia ambulatoria;

c) A 24 meses la construcción y adecuación arquitectónica de la unidad.

PARÁGRAFO. En un plazo máximo de 6 meses el Ministerio de la Protección Social revisará la factibilidad económica de que las tarifas vigentes cubran la inversión de infraestructura y dotación de la Unidad de Cáncer Infantil, en un término máximo de 10 años y propondrá de ser el caso, los ajustes necesarios al ente regulador competente.

ARTÍCULO 7°. De la Oferta de Servicios. A partir de la vigencia de la presente ley, las Aseguradoras del régimen contributivo y subsidiado en salud, tendrán entre su red de prestadores, las Unidades de Cáncer Infantil de las zonas o regiones en donde tengan beneficiarios, de conformidad con la disponibilidad y de acuerdo con los parámetros de población que establece el anexo técnico y que defina el Ministerio de la Protección Social.

ARTÍCULO 8°. Diagnóstico Oportuno y Referencia Temprana por parte de Médicos Generales u otros Especialistas. El médico general o especialista (patólogos externos a la unidad de cáncer, entre otros), deberán disponer de las guías que permitan, sin ninguna dilación, remitir al menor con una impresión diagnóstica de Cáncer, o las enfermedades mencionadas en el parágrafo 2° del artículo 2° de la presente Ley, a una Unidad de Cáncer Infantil, habilitada o en proceso de habilitación, del III o IV nivel de complejidad, para que se le practiquen, oportunamente, todas las pruebas necesarias orientadas a confirmar o rechazar el diagnóstico.

PARÁGRAFO. En un término de seis (6) meses a partir de la promulgación de la presente Ley, el Ministerio de la Protección Social elaborará las guías a que se refiere el artículo anterior y promoverá las acciones de capacitación, que sean necesarias, para que el médico general y otros especialistas, puedan dar un manejo adecuado y oportuno a los niños que sufran o se sospeche que puedan sufrir, de cualquiera de las enfermedades que contempla la presente Ley.

ARTÍCULO 9°. Oportunidad y efectividad de las muestras histopatológicas de menores con Cáncer. A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley y sin perjuicio de los requisitos que se presentan en el anexo técnico y las guías de atención, los patólogos externos a la Unidad de Cáncer, deberán procesar la biopsia correspondiente, en un tiempo máximo de 7 días o menos, de acuerdo a la Guía de Atención y ante la sospecha de Cáncer, deberán reportarlo a la Unidad de Cáncer para la ubicación del paciente y el registro en el sistema, incluyendo además del informe escrito, los datos para la ubicación

del paciente y las preparaciones histológicas o el bloque de parafina del tumor original.

PARÁGRAFO. El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo se sancionará en los términos establecidos en el párrafo 4 del artículo 4° de la presente Ley.

ARTÍCULO 10°. Comité de Tumores. Puesto que el manejo de un niño con cáncer impone la necesidad de un trabajo multidisciplinario e interdisciplinario, a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud con Unidades de Atención de Cáncer Infantil, habilitadas o en proceso de habilitación, contarán con un Comité de Tumores con el propósito de desarrollar una actividad coordinadora, de control y asesoría sobre la enfermedad, dentro de la IPS. El Comité tendrá las funciones que se incluyen en el Anexo Técnico.

ARTÍCULO 11°. Red de Unidades de Atención de Cáncer Infantil. A partir de la vigencia de la presente Ley, las Unidades de Atención CA infantil habilitadas o en proceso de habilitación en el país, serán organizadas en una red virtual, que además de facilitar el apoyo recíproco contribuya a la gestión del conocimiento, difusión de buenas prácticas, realización de estudios e investigaciones científicas sobre las patologías de que trata esta ley, y sobre otras que, según la práctica y desarrollo de la mediana, lleguen a pertenecer a este grupo.

PARÁGRAFO. El Ministerio de la Protección Social, en un término de 6 meses, a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, reglamentará los criterios para la conformación de la Red de Unidades de Atención de Cáncer en el país.

CAPITULO III

DE LA INFORMACIÓN, REGISTRO E INVESTIGACIÓN

ARTÍCULO 12°. Registro Nacional de Cáncer Infantil. Para el desarrollo de la garantía establecida en el artículo 3° de la presente ley, se crea el Registro Nacional de Cáncer Infantil, con el propósito de llevar en tiempo real, el registro sobre el diagnóstico, seguimiento y evolución del tratamiento del paciente, con la información que permita una atención de calidad y la realización de estudios científicos. La información mínima indispensable que deberá capturar este sistema, aparece en el anexo técnico. Dicho registro hará parte del SIVIGILA y será de notificación obligatoria en tiempo real por parte de los actores de la seguridad social en salud, sin perjuicio de optimizar los datos, según el nuevo sistema de información que prevé la Ley 1122 de 2007.

PARÁGRAFO 1°. En un plazo no superior a un año, el Ministerio de la Protección Social y el Instituto Nacional de Salud, con la asesoría de la Asociación Colombiana de Hematología y Oncología Pediátrica (ACHOP), y los Consejos Asesores en el tema, efectuarán las adaptaciones necesarias al actual SIVIGILA, para la captura, procesamiento, archivo y consulta de la información de los niños con cáncer.

Este registro será diligenciado en tiempo real y será un requisito básico para la legalización de la factura por parte de la IPS de los servicios prestados, sin perjuicio de los requisitos establecidos en las normas. Se desarrollará un Software único de obligatoria

adopción para las Unidades y será de obligatoria adopción por parte de los prestadores de estos servicios.

PARÁGRAFO 2°. El Ministerio de la Protección Social, en un término de 6 meses, reglamentará la creación y puesta en marcha de la base de datos para la agilidad de la atención del menor con Cáncer de que trata el artículo 3 de la presente ley.

PARÁGRAFO 3°. Créase el número único nacional para los beneficiarios de la presente Ley. Este Numero Único Nacional servirá como mecanismo para registrar de manera confiable, las muertes, abandonos y demás información que facilite el seguimiento de los pacientes y la realización de estudios e investigaciones, según metodología que en un plazo máximo de un año implemente el Ministerio de la Protección Social, como parte del Registro Nacional de Cáncer Infantil.

CAPITULO IV

DEL APOYO INTEGRAL AL MENOR CON CÁNCER

ARTÍCULO 13°. Servicio de Apoyo Social. A partir de la vigencia de la presente Ley, los beneficiarios de la misma, tendrán derecho, cuando así lo exija el tratamiento o los exámenes de diagnóstico, a contar con los servicios de un Hogar de Paso, pago del costo de desplazamiento, apoyo psicosocial y escolar, de acuerdo con sus necesidades, certificadas por el Trabajador Social o responsable del Centro de Atención a cargo del menor.

PARÁGRAFO 1°. En un plazo máximo de seis meses, el Ministerio de la Protección Social reglamentará lo relacionado con el procedimiento y costo de los servicios de apoyo, teniendo en cuenta que éstos serán gratuitos para el menor y por lo menos un familiar o acudiente, quién será su acompañante, durante la práctica de los exámenes de apoyo diagnóstico.

El tratamiento, o trámites administrativos, así como la fuente para sufragar los mismos, teniendo como base los recursos que no se ejecutan del FOSYGA o los rendimientos financieros del mismo.

PARÁGRAFO 2°. En un plazo máximo de seis (6) meses, el Ministerio de Educación, reglamentará lo relativo al apoyo académico especial en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que oferten cualquier servicio de atención a los beneficiarios de la presente Ley, para que las ausencias en el colegio por motivo del tratamiento y consecuencias de la enfermedad, no afecten de manera significativa, su rendimiento académico. El Ministerio de Educación también velará porque los colegios desarrollen y cumplan un plan de apoyo emocional a los beneficiarios de esta Ley y a sus familias.

ARTÍCULO 14°. Consejo Nacional Asesor del Cáncer Infantil. Créase el Consejo Nacional Asesor de Cáncer Infantil, como ente encargado de efectuar el seguimiento y monitoreo de la implementación de la presente ley, así como de las políticas y planes nacionales que de la misma se deriven, y propondrá, de ser necesario, los ajustes que hagan falta.

El Consejo Nacional Asesor estará integrado por: El Ministro de la Protección Social o su delegado, el Director del Instituto Nacional de Cancerología, el presidente de la Asociación colombiana de Hematología y Oncología Pediátrica, Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, representante de las EPS, representante de las IPS, un representante de las Organizaciones sin Ánimo de Lucro o Fundaciones dedicadas al apoyo de los niños que padecen Cáncer y un representante de los padres de familia.

PARÁGRAFO. El Consejo Asesor, tendrá entre otras, las siguientes funciones:

- a) Efectuará el monitoreo y seguimiento a la implementación de la presente Ley;
- b) Asesorará al Ministerio de la Protección Social en el desarrollo de la reglamentación que se deriva de la presente Ley;
- c) Propondrá políticas, planes y estrategias orientadas a mejorar la atención integral del menor con cáncer y a disminuir los índices de mortalidad de esta población;
- d) Propondrá los ajustes necesarios a la reglamentación vigente, incluyendo la presente ley;
- e) Velará por la eficacia del sistema nacional de información;
- f) Establecerá metas de mejora continua en el manejo de los menores colombianos que padecen de Cáncer y que son beneficiarios de la Ley;
- g) Propondrá mecanismos y ajustes para mejorar el modelo de atención integral al menor enfermo de cáncer;
- h) Establecerá prioridades para la realización de estudios e investigaciones científicas relacionadas con el CA infantil;
- i) Analizará la evolución de los indicadores de CA Infantil, proponiendo metas al respecto;
- j) Apoyará la gestión de todo tipo de recursos en apoyo a la atención del menor con Cáncer;
- k) Asesorará a necesidad, al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión Reguladora de Salud y a otras entidades que así lo requieran, en cuanto a tarifas, costos, procedimientos y demás temas que permitan mejorar la atención integral a los niños, niñas y jóvenes, beneficiarios de la presente Ley;
- l) Presentará un informe anual al Congreso de la República, en el que detallará su labor y actividades;
- m) Generará su reglamento interno.

PARÁGRAFO 2°. En el término de los 6 meses posteriores a la publicación de la presente Ley, el Ministerio de la Protección Social reglamentará todo lo concerniente al Consejo

Nacional Asesores en CA Infantil, la elección de sus miembros, la periodicidad de sus reuniones y demás aspectos que garanticen su óptimo funcionamiento.

ARTÍCULO 15°. Consejos Departamentales Asesores. En cada departamento de Colombia, se organizarán los Consejos Departamentales asesores en CA infantil, como órganos de apoyo a la implantación, seguimiento y mejora continua de la presente Ley, integrados por: El Secretario Departamental de Salud, Secretario de Educación, Director de la Unidad de CA Infantil habilitada o en proceso de habilitación en el Departamento, Presidente del Consejo de Política Social, Director del ICBF, representante de una organización sin ánimo de lucro, representante de las EPS de la jurisdicción, representante de los padres de familia y un representante de la comunidad.

Los Consejos Departamentales asumirán las funciones descritas en los literales anteriores, en el ámbito y competencias del territorio.

PARÁGRAFO 1°. En el término de los 6 meses posteriores a la publicación de la presente Ley, el Ministerio de la Protección Social reglamentará todo lo concerniente a los Consejos Nacional y Departamentales Asesores en CA Infantil, la elección de sus miembros, la periodicidad de sus reuniones y demás aspectos que garanticen su óptimo funcionamiento.

DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 16°. Vigencia. Esta Ley rige a partir de su sanción y publicación, derogando todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.”

III. OBJECIONES DEL GOBIERNO NACIONAL

Para el Gobierno el proyecto de ley objetado transgrede el artículo 152 de la Constitución Política, que ordena someter al trámite de ley estatutaria lo relacionado con derechos fundamentales, pues regula el derecho a la salud de los menores que padecen cáncer, el cual por expreso mandato del artículo 44 de la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte (C-463 y T-760 de 2008), ostenta dicho carácter, no sólo por su conexidad con otros derechos de la misma estirpe, sino por derivar directamente del principio de universalidad de la seguridad social consagrado en el artículo 48 superior.

Afirma que el proyecto de ley es contrario a la Constitución Política, pues al establecer restricciones que impiden al Estado superar las fallas en la regulación integral y articulada del sistema de seguridad social en salud, afecta de manera directa los derechos a la salud y la vida y, en general, los derechos de los niños. Al respecto explica que el proyecto interfiere en la adopción de las medidas orientadas a corregir las fallas de regulación analizadas por la Corte en la sentencia T-760 de 2008, lo que se traduce en un obstáculo para garantizar el derecho fundamental a la salud y los demás derechos fundamentales conexos, como los previstos en los artículos 11 y 44 superiores.

Considera que la corrección de las medidas regulatorias debe analizarse integralmente a partir del universo de patologías que deben atenderse, como también a partir de los distintos grupos y, en general, de toda la población, además de consideraciones sobre los

recursos disponibles, como lo resalta la Corte en el citado pronunciamiento.

En este sentido indica que para esta Corte la prestación de los servicios de salud a la población debe ser resultado de la adopción de una política pública en materia de salud, que tenga en cuenta de manera global e integral los beneficios que se pueden otorgar, dados unos recursos limitados, tarea que corresponde al Gobierno Nacional, al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y a la Comisión de Regulación en Salud CRES, según lo previsto por la Ley 1122 de 2007.

Expresa que la objeción no pretende desconocer la protección a la salud de los niños, en particular de quienes padecen cáncer, sino lograr que la actividad legislativa sea coherente con el carácter integral y universal de ese derecho fundamental que, en su criterio, sólo se puede alcanzar a través del análisis por parte de las instancias que cuentan con la información y tienen competencia para definir los alcances y posibilidades reales del sistema de salud, lo cual no excluye la elaboración y presentación por parte del Gobierno Nacional de proyectos de ley para tal fin.

Manifiesta que la política pública en salud no se puede configurar de manera dispersa a través de diferentes proyectos de ley, que al regular diversas patologías vayan definiendo los contenidos del plan de beneficios, pues se trata de un asunto que exige el análisis previo de su pertinencia e integración en un sistema cuyo contenido debe definirse con base en la evaluación y definición de un esquema de financiación sostenible en el tiempo, que permita el acceso efectivo a las prestaciones que otorga.

En su opinión, la problemática descrita es una práctica legislativa actual y así lo evidencian los proyectos de ley que tratan diversos contenidos y alcances muy amplios o ilimitados en materia de salud, como el alcoholismo fetal, la anemia drepanocítica, el enanismo, la obesidad, prótesis oculares, la epilepsia, la vasectomía y ligadura de trompas, entre otros, que actualmente hacen tránsito en el Congreso de la República.

Expresa que para el Consejo de Seguridad Social en Salud y, en su momento, para la CRES, resultaría imposible la definición integral y sostenible de beneficios en materia de salud, razón por la cual debe entenderse que para la determinación de la política en ese campo deben concurrir de manera armónica, de acuerdo con sus competencias, distintas instancias del Estado, incluida la legislativa, como resultado de un análisis previo e integral, que permita definir claros límites a los beneficios correspondientes, a efectos de garantizar su viabilidad en función de los recursos disponibles.

Sostiene que los Ministros de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público en comunicación enviada al Congreso durante el trámite del proyecto de ley, señalaron que toda patología debe tener tratamiento adecuado y oportuno en el Sistema General de Seguridad Social, donde se contempla la atención del cáncer de los niños; así mismo, expresaron que la definición de los contenidos del POS por vía legislativa desarticula el diseño del sistema creado por el mismo legislador, advirtiendo que también que en los últimos años el Sistema General de Seguridad Social en Salud presenta un aumento en el número de afiliados, gracias al incremento del número de asegurados del régimen subsidiado, mientras que el régimen contributivo se ha mantenido casi estable, como lo corrobora el estudio realizado en el año 2007 por la Fundación Corona, la Universidad

de los Andes, el Departamento Nacional de Planeación y la Universidad del Rosario.

Estima importante resaltar el esfuerzo que implicó la creación de la Comisión de Regulación en Salud, CRES, en la Ley 1122 de 2007, como organismo de carácter técnico al que le fueron atribuidas las funciones de definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud; definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios y definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada régimen, entre otras.

Afirma que en la aludida comunicación los ministros también manifestaron que no resulta adecuado parcelar la atención de ciertas enfermedades y generar tratamientos preferenciales para unas patologías o de unos sectores sobre otros, pues si bien ello podría tener justificación, en el momento de expedir regulaciones en esta materia todo enfermo o grupo etario reclamaría por la suya aferrándose a su especialidad, naturaleza y padecimientos, entre otras razones.

Reitera que a través de iniciativas como la objetada, el Sistema General de Seguridad Social en Salud pierde su carácter general, al proliferar subsistemas con esquemas de atención especiales, perdiendo interrelación las partes que lo componen y de ahí que la Corte en la referida sentencia T-760 de 2008, haya ordenado, entre otras medidas, revisar los contenidos del POS, actualizar y unificar los planes de beneficios para los niños y niñas del Régimen Contributivo y el Subsidiado, teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera y manteniendo en cabeza de la CRES la competencia técnica de definir los contenidos del POS, en armonía con las necesidades epidemiológicas de la población y la disponibilidad de recursos.

Expone que actualmente el CNSSS adelanta estudios y análisis que permitan alcanzar los objetivos señalados por la Corte, lo cual exige revisar la forma en que deberán integrarse dentro del POS las diversas enfermedades, entre ellas las de alto costo, como el cáncer, sin perjuicio de la sostenibilidad financiera del plan de beneficios que llegue a aprobar.

Afirma que como en la actualidad el Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a la población el acceso al tratamiento del cáncer, en términos de los recursos disponibles en el país y en el mismo Sistema, tanto para el Régimen Contributivo como para el Subsidiado, resulta necesario revisar no solamente los beneficios previstos para la atención de esa enfermedad, sino los que existen y/o se otorgarán para la atención de las demás patologías, comenzando por las de la población menor de 12 años.

Estima conveniente que el órgano legislativo tenga en cuenta que de acuerdo con los lineamientos de la sentencia T-760 de 2008, la CRES o, en su defecto el CNSSS, tiene competencia para definir coberturas, visualizando el panorama general del sistema y la sostenibilidad financiera del mismo, a partir de los recursos que racionalmente pueden aplicar el Estado y las personas con capacidad de pago, por lo cual el proyecto de ley objetado se constituye, no por la población a la cual beneficia, en un factor de desarticulación frente a las decisiones que señala la sentencia.

Otra objeción que formula el Ejecutivo contra el proyecto de ley consiste en que su trámite se desconoció el artículo 7° de la Ley Orgánica 819 de 2003, que obliga al Congreso a realizar el estudio de impacto fiscal de iniciativas sobre gasto público, pues en su criterio algunos artículos del proyecto que incluyen expresiones tales como “.. la autorización de todos los procedimientos, de manera integral e inmediata.. (parágrafo art. 3°); “... todos los elementos y servicios que se requieran..”, “... podrá repetir contra el Fosyga, el valor de los servicios que no se encuentren incluidos en su respectivos planes de beneficios ...”; “... los beneficiarios tendrán derecho ... a contar con los servicios de Hogares de Paso, pago del costo del desplazamiento apoyo psicosocial y escolar, de acuerdo con las necesidades, certificadas por el Trabajador Social ...” (art. 4°), permiten deducir que se involucra tecnología de punta para el tratamiento de la enfermedad, así como condiciones de calidad distintas a las que en la actualidad puede financiar el Sistema General de Seguridad Social.

Sostiene que los artículos 3°, 4° y 13 del proyecto de ley disponen el acceso a servicios y beneficios, única y exclusivamente con fundamento en la existencia de la enfermedad, sin consideración a criterios de eficiencia y racionalidad en la asignación de recursos, frente a lo cual la Corte ha recomendado especial cuidado, pues los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los del Sistema General de Participaciones deben cubrir beneficios no incluidos en los planes de beneficios, en la medida en que no se cuente con capacidad de pago.

Por lo expuesto, encuentra el Gobierno que el proyecto de ley produce impacto fiscal, ya que tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado se incrementan las necesidades financieras del sistema con la ampliación de los beneficios que se otorgan, toda vez que necesitan mayores recursos para financiar los servicios en un monto indeterminado, generando contingencias incuantificables en el caso del régimen contributivo, y gastos fiscales considerables adicionales, en el régimen subsidiado, sin que para el Ejecutivo el proyecto prevea o establezca la fuente de financiación adicional que permita asumir esos mayores gastos.

Sostiene que por ser la Ley 819 de 2003 una norma de carácter orgánico, su desconocimiento acarrea la inconstitucionalidad del proyecto por oposición al artículo 151 de la Constitución Política, el cual señala que las normas de esa categoría condicionan la actividad legislativa en la materia que regulan y concluye que la iniciativa objetada tampoco es consistente con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, por cuanto no está debidamente financiada con recursos disponibles, propiciando el desequilibrio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, habida consideración de que el mismo no cuenta con fuente de financiación que permita atender los beneficios que en ella se otorgan.

Insiste en que para la revisión de los contenidos del POS, tanto el Ministerio de la Protección Social como el CNSSS, o la CRES, deben analizar diversos aspectos, tales como la tecnología disponible en el país y el perfil epidemiológico de la población, entre otros aspectos, con la finalidad de que se adelanten análisis y estudios técnico-científicos que permitan seleccionar servicios, acciones, actividades, medicamentos, insumos, que cubran de mejor manera las necesidades de salud de la

población colombiana y presenten mayor efectividad, decisiones que además deben consultar el equilibrio financiero del sistema, de acuerdo a las proyecciones de sostenibilidad de mediano y largo plazo.

Asegura que para realizar la tarea encomendada por esta Corte en lo que al rediseño de los contenidos del POS se refiere, no es conveniente ni viable que el legislador establezca y/o incluya procedimientos, actividades, intervenciones y medicamentos que incrementen los planes de beneficios, como tampoco que lo haga sin delimitación alguna ni considerando las necesidades de la población y la disponibilidad de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues no solo se pone en peligro el equilibrio financiero del sistema también sino también la atención en salud para el resto de la población que presenta otras necesidades distintas al cáncer, lo que en últimas termina afectando el interés general.

Advierte que los recursos para financiar tanto el Régimen Contributivo como el Subsidiado siguen siendo los mismos, esto es, cotizaciones en el régimen contributivo (11 puntos porcentuales de los 12.5 actuales) y recursos de solidaridad (1.5 puntos provenientes de la cotización del régimen contributivo) y recursos fiscales, en el régimen subsidiado y recuerda que la Ley 715 de 2001, asignó a los Municipios, Distritos y Departamentos, la gestión y financiación de los servicios de salud de la población pobre no cubierta con subsidios a la demanda, para lo cual, mientras se alcanza la cobertura universal, deben tener presente que si bien cuentan con recursos del Sistema General de Participaciones y del Fosyga, en lo pertinente, en cualquier caso sus recursos son limitados y, por ende, no estarían en condiciones de brindar atención integral, pues al hacerlo afectarían las finanzas territoriales.

Concluye que la ampliación del Plan Obligatorio de Salud, POS, en ambos regímenes, como consecuencia de la aprobación del proyecto de ley objetado, que no tuvo en consideración criterios como la existencia de recursos que lo financien, el costo-efectividad, la atención de los riesgos más relevantes de la población y calidad media y tecnología disponible en el país, entre otros, afecta el equilibrio del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que es precario en el caso del Régimen Contributivo, pues los recursos que recauda la Subcuenta de Compensación apenas cubren el gasto anual corriente representado en la UPC que debe reconocerse por cada afiliado y además el gasto que representan los recobros por concepto de tutelas y Comités Técnicos Científicos, que comprometen de manera importante la disponibilidad de los recursos del Fosyga.

Por último, en lo que respecta al artículo 5° del proyecto que ordena reestructurar Unidades de Atención para la atención del Cáncer Infantil, estima que la medida desconoce el derecho a la libre empresa de las IPS de carácter privado, al establecer que necesaria y obligatoriamente, todas las de III o IV nivel deben proceder a conformar dichas unidades, ignorando que por su especialidad podrían no estar interesadas en su implementación y, en cambio, pueden concentrar sus esfuerzos en la atención de otro tipo de patologías; además una decisión como esa, adoptada sin mayor análisis, en su opinión atenta contra el principio constitucional de eficiencia en la prestación de los servicios de salud.

IV. INSISTENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Las cámaras insistieron en la sanción del proyecto de ley en revisión, conforme al texto aprobado por ellas, llamando inicialmente la atención sobre el hecho de que las objeciones presidenciales también estén suscritas por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, organismo que en su criterio no es competente para pronunciarse sobre materias distintas a su cartera, situación que en su parecer “confirma el criterio netamente financiero con el cual se analiza la grave problemática de la salud en el país”.

Rechazan la objeción por supuesta violación del artículo 152 de la Carta Política, por considerar que en sentencia C-581 del 2008, con ponencia del doctor Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte dejó establecido que una norma de seguridad social no debe ser necesariamente objeto de ley estatutaria; el argumento esbozado por el Gobierno además carece de validez, porque desconoce doctrina y jurisprudencia según la cual no es necesario el trámite legislativo de las leyes estatutarias en aquellas materias donde, si bien es cierto tocan temas de derechos fundamentales, no se presenta afectación del núcleo esencial de esos derechos.

Afirman que si el objeto del proyecto es disminuir la tasa de mortalidad por cáncer en los niños, niñas y personas adolescentes menores de 18 años, debe llegarse a la conclusión de que no pretende de ninguna manera afectar ni modificar el núcleo esencial del derecho fundamental de la salud sino que, por el contrario, adopta una herramienta jurídica que busca garantizar su goce efectivo a un grupo de personas a las cuales no se les está garantizando ese derecho, razón por la cual su trámite correspondía al de una ley ordinaria.

Indican que en la exposición de motivos está la información estadística que demuestra que países con similares niveles de desarrollo al nuestro han logrado resultados contundentes en el tratamiento del cáncer infantil, solamente a través de instrumentos como los previstos en el proyecto de ley, donde se consagran ciertos requisitos de obligatorio cumplimiento en la detección, tratamiento y seguimiento de esa patología.

En su parecer el Gobierno interpreta párrafos aislados y descontextualizados de sobre la sentencia T-760 de 2008, para objetar el proyecto de ley, lo que en su criterio no es acorde con la esencia de ese pronunciamiento, que por ser de tutela solo tiene efectos inter partes y consideran “gracioso” que el gobierno invoque providencias judiciales que condenan al Estado por su ineficiencia, negligencia o inoperancia. Estiman que dicha sentencia es completamente armónica con los objetivos del proyecto de ley, pues allí se reconocen “de manera amplia, pero general”, todas las falencias en la aplicación de la normatividad vigente sobre seguridad social en salud, las cuales se reflejan en tutelas que constantemente interponen los usuarios, en cuyo favor se ordena la prestación de tratamientos integrales.

No aceptan la objeción de que el proyecto impide o interfiere en la adopción de medidas orientadas a corregir fallas de regulación, pues en su criterio si bien es necesario un enfoque integral, existen patologías prioritarias, como el cáncer infantil, cuya demora de reglamentación está motivando que por lo menos mueran dos niños al día por errores básicamente administrativos en la detección y tratamiento de la enfermedad.

Para las cámaras legislativas el proyecto de ley no está modificando los planes de beneficios de la seguridad social en salud, como tampoco lo han hecho a su juicio las sentencias de la Corte Constitucional que ordenan la atención integral, con medicamentos, tratamientos o procedimientos excluidos de dichos planes y agregan que los Comités Técnicos Científicos que funcionan en las EPS, intentan suplir esta falencia, con la limitante grave, en los casos de niños con cáncer, que los términos que imponen para adoptar sus decisiones y los requisitos y trámites posteriores, atentan contra la efectividad del tratamiento.

Afirman que hay consenso entre los médicos que asesoraron la elaboración del proyecto de ley, de que los usuarios después de interponer tutelas, elevar derechos de petición, presentar entrevistas con los Comités Técnico Científico CTC, etc., logran la aprobación de los tratamientos y/o medicamentos formulados, pero en detrimento de la oportunidad de la atención.

Indican que el proyecto de ley tampoco contempla una canasta de servicios infinita, pues está “normatizando” el suministro oportuno de los medicamentos y/o procedimientos que formulan los médicos tratantes, acorde con criterios de racionalidad y calidad, pero en centros especializados y con personal experto en la atención de esta patología, que en los niños se presenta de manera distinta.

Justifican la financiación del hogar de paso, por estar demostrado que es fundamental para que los menores permanezcan en el tratamiento, sobre todo quienes habitan en veredas o regiones apartadas del país, apoyo que vienen brindando ONGs, o las mismas familias realizando colectas para conseguir los dineros indispensables, lo cual no garantiza la adecuada atención de los menores, “quiénes se complican con el mayor costo económico, o se mueren con el inmenso costo social que la pérdida de un niño ocasiona”.

Equiparan ese servicio con el “cuidado en casa” o “cuidados paliativos” de pacientes terminales, que está siendo suministrado por algunas EPS, con la diferencia de que para el tratamiento de los menores con cáncer, dicho servicio aumenta la garantía de éxito, pues se trata de centros de atención especialmente dotados para este fin, donde con atención integral y oportuna y el soporte socio-afectivo adecuado, se pueden alcanzar “tasas de sobrevida superiores al 80% y en muchos casos la curación total de la enfermedad”.

Señalan que en países desarrollados se presentan 33.000 casos anuales de cáncer infantil y en los subdesarrollados se presentan 180.000; en los primeros el 100% de los niños tiene acceso a los tratamientos, mientras que en los segundos, tan solo el 20%, en promedio; por tanto, no es de extrañar que la tasa de curación total en los países ricos alcance el 75% y la de los países pobres apenas del 2.5 %, en promedio, proyecciones que muestran el triste panorama a 2010, cuando las tasas de vida serán, del 90% y del 20%, para países desarrollados y no desarrollados, respectivamente, situación que exige políticas públicas que desafíen esta tendencia, “como varios países similares al nuestro, lo han hecho”.

Para las cámaras legislativas esos estudios indican también que a pesar de los factores

estructurales que condicionan el comportamiento de los índices en nuestro país, es factible mejorarlos de manera significativa si se ajustan los modelos de atención, así como la dotación, talento humano y tecnología, como acontece en el Hospital de Recife, en el Brasil, donde pasó de una tasa de abandono del 16% a una de apenas el 0,5%; y de una sobrevivida, libre de evento del 32% al 63%, en aproximadamente 12 años, debido al traslado de los niños a un Hospital Materno Infantil con oncólogo pediatra permanente y personal capacitado, rápido acceso a cuidado intensivo pediátrico y soporte psicosocial adecuado; mencionan también las experiencias de Guatemala, Nicaragua, y México, países que mejoraron sus modelos de atención y tratamientos para esas enfermedades, en centros adecuados.

Argumentan que la iniciativa habría requerido el trámite de ley estatutaria si regulara el derecho fundamental a la salud en forma estructural, íntegra y completa, lo cual no acontece, porque lo que pretende el proyecto de ley no es modificar las condiciones de prestación ni garantía de ese derecho, sino, por el contrario, ampliar su efectivo goce y disfrute, luego de analizar factores de índole administrativo que están incidiendo en las altas tasas de mortalidad que presenta Colombia en estas patologías, que son prácticamente curables en muchos países del mundo.

Sostienen que la Ley 972 de 2005, que adopta normas para mejorar la atención de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida, se tramitó como ordinaria y preguntan porqué razón el Ejecutivo no quiere darle las mismas prerrogativas a miles de niños residentes en Colombia que mueren a causa del cáncer.

Expresan que si bien el Ministerio de la Protección Social emitió la Resolución 1043 de 2006, para el mejoramiento de la calidad de la atención de los niños con cáncer, es insuficiente “y no garantiza servicios integrales, pertinentes y efectivos que verdaderamente impacten en las tasas de mortalidad, sobrevivida y abandono de los pacientes”, pues para aplicar quimioterapia, el único requisito que exige a los centros de atención es contar con una farmacia y un químico farmacéuta, pero no fija un estándar mínimo según el número de pacientes, abriendo además la posibilidad de contratar onco-hematólogos a “disponibilidad”; tampoco exige a las unidades de oncología pediátrica contar con apoyo psicosocial y confunde los requisitos de atención médica de los menores con los de mayores, entre otras graves falencias.

Las células legislativas tampoco aceptan la objeción relativa a la definición de contenidos del POS por vía legislativa, ya que en su parecer es necesario hacer ajustes al modelo de atención de los menores con cáncer para que no se sigan muriendo en porcentajes inconcebibles y afirman que con la iniciativa no se está “parcelando” la atención de los enfermos, pues precisamente persigue que la misma sea integral, para mejorar su efectividad.

También rechazan la objeción atinente al presunto desequilibrio que a las finanzas nacionales causaría el proyecto de ley en el marco de mediano plazo, ya que en su opinión a partir de la Constitución de 1991 el goce de un derecho fundamental no puede estar supeditado a condicionamientos de ninguna clase y mucho menos

financieros, aunque no significa que no debe existir la debida articulación entre el presupuesto y el planeación del sistema general seguridad social en salud.

Sostienen que si bien es cierto que el Ejecutivo está facultado para objetar un proyecto de ley, si sus razones colisionan con la garantía de un fin esencial del Estado, o con un derecho fundamental, tal atribución debe ceder “ante la imperiosa labor de las autoridades públicas de garantizar el efectivo goce de tales derechos en el marco del Estado Social de Derecho”.

No encuentran explicación alguna para que “por razones netamente económicas”, se obstaculice la garantía del derecho fundamental a la salud de los menores; en este sentido consideran que la objeción debió plantearse en términos constitucionales, además porque la manera como se sustenta desconoce la libertad del Congreso para regular lo concerniente a la seguridad social y las prestaciones de invalidez, vejez y muerte, la cual encuentra límite en los derechos fundamentales, pero no en aspectos fiscales o económicos.

Se refieren a la responsabilidad solidaria de los diferentes agentes del sistema de seguridad social, entre ellos el Estado, con el fin de garantizar el debido goce del derecho fundamental a la salud y señalan que los tratamientos de cáncer infantil en Colombia están garantizados desde el punto de vista financiero, pero lo que se requiere es adaptar los modelos de atención, mejorar aspectos administrativos en cuanto a la oportunidad de las autorizaciones, suministrar medicamentos de calidad, estandarizar protocolos y lograr que las Unidades de Atención sean adecuadas.

Expresan que el proyecto de ley no exige tecnología de punta, sino estandarización, aplicación y supervisión de guías de atención, así como tratamientos integrales realizados por profesionales idóneos en el tema, suministrados de manera oportuna y en sitios especializados para este fin, como son los hospitales de III o IV nivel de complejidad; en este sentido, señalan que el tratamiento integral de 1200 niños diagnosticados que anualmente lo necesitan para sobrevivir al cáncer, no va a quebrar el Sistema de Seguridad Social en Colombia, más aún cuanto la gran mayoría de requerimientos están contenidos en los planes de beneficios.

Aluden a las observaciones hechas por la comunidad médica que colaboró en la estructuración del proyecto de ley, según las cuales mucho de lo que se dice “invertir” en cáncer infantil, no es otra cosa que derrochar recursos en tratamientos inadecuados, incompletos y con resultados desastrosos, razón por la cual se propuso realizar la atención sobre guías o protocolos, lo que implica necesariamente analizar factores como la relación costo-efectividad y la tecnología disponible, lo cual evitaría el sobre costo de la mala atención actual.

Explican que el proyecto pretende reorganizar lo que se gasta y cómo se gasta y afirman que el único “costo adicional” es el hogar de paso, que ayuda a salvar a la mayoría del 30% de pacientes que abandonan el tratamiento, pues quien lo hace muere irremediabilmente; aducen también que si bien la causa de este abandono es multifactorial, está demostrado que el mayor porcentaje de personas actúa así por razones atribuibles al sistema de salud.

Aseveran que para cubrir los costos de un hogar de paso o casa hogar, y los desplazamientos de menores con un familiar para recibir tratamiento de manera ininterrumpida, oportuna y efectiva en las Unidades de Cáncer, se propone que se utilicen parte de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuyos recaudos no se ejecutan en su totalidad para cada vigencia, según estudio del Ministerio de la Protección Social.

Señalan que al analizar los ingresos y egresos del FOSYGA, en el periodo 2003- 2007, los ingresos superan a los egresos y dejan margen para financiar los requerimientos logísticos mínimos que necesitan los niños que padecen cáncer, para mejorar la efectividad de los tratamientos e incidir en su recuperación, impactando así las tasas de mortalidad por esta causa y estiman que la necesidad de recursos para cubrir estos gastos, ascendería aproximadamente a \$ 2.800 millones anuales.

Indican que anualmente 1200 niños se encuentran recibiendo tratamiento contra el cáncer en Colombia y de ese total, aproximadamente 400 necesitarían del apoyo que establece el proyecto, en cuanto a Hogar de Paso y desplazamientos, pues el resto se ubica en las cabeceras departamentales que tendrían unidad de cáncer, o pertenecerían a estratos socioeconómicos que pueden sufragar estos costos; aducen que cada niño requeriría en promedio \$7.000.000 al año y que la utilización de este apoyo debe ser reglamentada por el Ministerio de la Protección Social, para que llegue exclusivamente a la población que lo requiere.

En cuanto al artículo 5° del proyecto de ley, las cámaras legislativas consideran que existe un mal entendido al interpretar que la norma está obligando a toda las IPS del nivel III y IV de atención a habilitar la Unidad de Cáncer para niños, atentando así contra el derecho a la libre empresa, pues contrariamente a lo que expresa el Ministro de Hacienda, la medida persigue que aquellas IPS que quieran ofertar la onco-hematología pediátrica, deben ser del III o IV nivel de complejidad, ya que según estudios, el 40% de los menores necesita Unidad de Cuidados Intensivos.

Expresan que según criterio de especialistas, actualmente proliferan clínicas tipo “garaje” que ofertan servicios de onco-hematología pediátrica, pero no ofrecen ninguna garantía de atención adecuada a los menores que padecen cáncer, atentando gravemente contra su vida; no obstante, aceptan que se podría redactar de forma distinta el artículo objetado para dejar claro que la exigencia de conformar Unidades de Cáncer en hospitales del III y IV nivel de complejidad, no implica obligación para esas instituciones de ofertar ese servicio, si no les interesa.

V. INTERVENCIÓN DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MEDICINA INTEGRAL, ACEMI.

El Presidente Ejecutivo de Acemi, intervino en el proceso de la referencia para impugnar el proyecto de ley objetado por el Gobierno, por considerar que afecta el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al ampliar el Plan Obligatorio de Salud, POS, de los regímenes contributivo y subsidiado, “mediante la inclusión del tratamiento integral e ilimitado para el cáncer, sin considerar los recursos escasos que lo financian, los criterios de costo - efectividad para la inclusión de las

prestaciones asistenciales en el POS, los riesgos más relevantes de la población, ni la calidad media y la tecnología disponible en el país”.

Sostiene que la prestación de todos los servicios que se requieran, implica la introducción de tecnología de punta, lo cual afecta en mayor grado la sostenibilidad de la iniciativa objetada y agrega que al establecer inclusiones en el POS por vía de ley, el organismo encargado de actualizarlo (Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS, mientras entra en funcionamiento la Comisión de Regulación en Salud, CRES), queda imposibilitado para disminuirlas, cuando ello se requiera de acuerdo con el perfil epidemiológico de la población colombiana, y de acuerdo con los criterios de costo - efectividad que deben tenerse en cuenta para el desarrollo de cualquier sistema de seguridad social.

Afirma que los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS, que padecen enfermedades de alto costo diferentes al cáncer, obtendrán atención con contenidos prestacionales inferiores otorgados a los pacientes que padecen cáncer, así existan razones técnicas que le indiquen al organismo encargado de actualizar el POS, que se debe priorizar la atención de otras enfermedades diferentes a dicha enfermedad.

Señala que en sentencia T-760 de 2008, esta Corte analizó las fallas estructurales del Sistema General de Seguridad Social en Salud y al evidenciar la falta de claridad en la definición de los contenidos del POS, así como deficiencias en su actualización, ordenó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, actualizar y unificar los planes de beneficios, estableciendo al efecto una metodología que incorpora, entre otros aspectos, el equilibrio financiero.

Considera que mediante el proyecto de ley de la referencia el Congreso define parte del POS, incluyendo la atención integral e ilimitada del cáncer para los menores de 18 años, sin tener en cuenta la metodología señalada por la Corte Constitucional, “toda vez que no se contó con la participación de la comunidad médica y los usuarios que padecen de patologías diferentes a la del cáncer, y no se realizó el análisis respecto de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Señala que el proyecto viola el principio de eficiencia consagrado en los artículos 48 y 49 superiores, por cuanto afecta el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al ampliar el Plan Obligatorio de Salud, POS, de los regímenes contributivo y subsidiado mediante la inclusión del tratamiento integral e ilimitado para el cáncer infantil en Colombia, considerando además inconveniente que se legisle para una sola patología, “ya que la definición de cáncer como prioridad de salud pública, debe fundamentarse en las prelación que se fijen en comparación con las demás enfermedades que requieren la inversión de recursos”.

En ese sentido, estima importante advertir que además de establecer un contenido ilimitado de prestaciones, el proyecto de ley objetado no señala la fuente adicional de recursos para costear las prestaciones que impone y tampoco define los recursos que financiarán los servicios de ambulancia, rehabilitación integral con enfoque amplio y multidisciplinario, cuidado paliativo para brindar soporte desde el inicio del tratamiento y

lograr la mejor calidad de vida del paciente y su familia, los cuales deben ser distintos de los que sufraga el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Asegura que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y en un futuro próximo la Comisión de Regulación en Salud, son las autoridades competentes para definir los Planes de Beneficios y cuantificar la Unidad de Pago por Capitación, UPC, así como para disminuir o excluir algunas de las prestaciones del POS, teniendo como limitante las inclusiones contenidas en el proyecto objetado, precisamente por provenir directamente de la ley, situación que en criterio del interviniente, “inflexibiliza la definición de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud - POS, los cuales deben ser actualizados anualmente”.

Asevera que el proyecto de ley objetado también viola el principio de universalidad, consagrado en los artículos 48 y 49 de la Carta, al afectar los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud, restringiendo la ampliación de la cobertura del Régimen Subsidiado, por cuanto al presionar el aumento del costo del POS, los dineros disponibles no permitirían ampliarlo a personas no amparadas e impedirá mejorar el plan de beneficios en ambos regímenes.

Manifiesta que el proyecto de ley también vulnera el artículo 333 de la Constitución, que consagra la libertad de empresa, al obligar a los prestadores de servicio de salud a contar con Unidades de Atención de Cáncer Infantil, sin consideración a la especialidad de servicios que las mismas han dispuesto para ofrecer en el mercado.

Al respecto señala que de acuerdo con la jurisprudencia (sentencia C-616 de 2001), cuando el legislador permite a los particulares participar en la prestación del servicio de salud, debe garantizarles las condiciones propias de la libertad de empresa, ofreciéndoles condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas que constituyen el núcleo esencial de la libre competencia.

En este sentido, afirma que el proyecto de ley de la referencia, afecta el núcleo esencial de la libertad de empresa, en la medida en que obliga a los prestadores a contar con infraestructura para ofrecer servicios que no estiman oportunos, “bien por falta de capacidad económica, o simplemente porque no desean ofrecerlos en el mercado de servicios de salud”, lo que resulta en su parecer más grave en los casos en los cuales no desean ofrecer servicios oncológicos.

En su criterio la medida tampoco responde al criterio de proporcionalidad, porque el beneficio no compensa los sacrificios que conlleva la medida, por cuanto implica un desfinanciamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud que se reflejará en los ingresos que deben aportar los prestadores para dar cumplimiento a las exigencias en infraestructura consagradas en el proyecto de ley.

Señala que el proyecto de ley infringe igualmente el artículo 151 de la Constitución, en la medida en que no se sujetó a lo establecido en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, según el cual el impacto fiscal de cualquier iniciativa debe hacerse explícito, debiendo incluirse tanto en la exposición de motivos como en las ponencias, sus costos fiscales y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento.

Expone que el proyecto de ley transgrede el artículo 13 superior que consagra el derecho de igualdad, “en la medida en que de manera desproporcionada, favorece a los menores enfermos de cáncer frente a los usuarios que padecen otras enfermedades de alto costo que afectan a la población colombiana”; tampoco incluyó dentro de su ámbito de proyección, la atención integral de las enfermedades de alto costo diferentes al cáncer, sin que existan razones que justifiquen no dar el mismo tratamiento legislativo a quienes las padecen.

A su juicio, existe otra medida legal alternativa que protege en mejor grado el derecho y favorece la realización del fin de la disposición con la misma intensidad, puesto que la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 1122 de 2007, faculta al CNSSS, mientras entra en funcionamiento la CRES, para definir y actualizar el contenido prestacional del POS, de acuerdo con las necesidades en salud de los colombianos y el equilibrio financiero del sistema, debiendo tener presente que “las coberturas ilimitadas no existen en ningún país del mundo, en atención a que los recursos económicos que financian dicho servicio son escasos”.

Expresa que si bien es loable la finalidad del proyecto, procurar la atención ilimitada de los enfermos del cáncer desequilibrando el sistema de seguridad social en salud no compensa los sacrificios que se imponen a los demás usuarios, quienes verán reducido el plan de beneficios, lo cual “resulta perjudicial para los mismos enfermos de cáncer, en la medida que el desequilibrio que conlleva la medida, significaría a mediano plazo, el fracaso y el resquebrajamiento total del modelo de seguridad social establecido por la Constitución Política”.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar infundadas las objeciones presidenciales al proyecto de ley, al estimar, en primer término, que el Congreso no vulneró el artículo 152 constitucional cuando lo discutió y aprobó como ley ordinaria, ya que en su criterio la iniciativa “no regula en forma integral el derecho a la salud, y por tanto no afecta su núcleo esencial... ni se infiere de él una modificación estructural en la prestación del servicio ni de los planes actualmente existentes, limitándose al tratamiento de una enfermedad en concreto, el cáncer, y para una población específica de especial protección constitucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 44 superior: los niños y niñas”.

Manifiesta apartarse de las consideraciones expuestas por el Gobierno Nacional para abstenerse de sancionar el proyecto de ley sometido a estudio, al estimar que se dirige a atender la población infantil, sujeto de especial protección que padece una enfermedad catalogada como catastrófica y de alto costo, ofreciendo una atención integral y oportuna con miras a brindar mayores garantías para la preservación del derecho a la vida de los niños.

Aduce, que según las estadísticas presentadas en la exposición de motivos, el cáncer infantil afecta unos 1200 niños cada año, siendo esa enfermedad una de las principales causas de muerte en dicha población, “pero a su vez, es una de las que mejor recuperación ofrece ante la detección temprana, el diagnóstico oportuno y su adecuado

tratamiento, por lo que la atención integral y oportuna en el tratamiento del cáncer ofrece perspectivas de superación para el paciente”.

Sostiene que el proyecto lejos de desconocer la Constitución y la jurisprudencia, da cumplimiento a los exhortos que desde esta corporación se han dirigido al Gobierno y al legislador en el tema de la salud en Colombia, para satisfacer los estándares internacionales, en especial, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Para el Procurador el proyecto objetado además hace efectivos los principios constitucionales de eficacia, eficiencia, universalidad, continuidad y confianza legítima, ya que al no distinguir entre niños y niñas que sufren la enfermedad, “rodea a la ley de una universalidad plena que garantiza la igualdad de los pacientes”.

Considera, que someter al menor enfermo y a sus familiares a la realización de “trámites burocráticos, luchas jurídicas y desgastes económicos adicionales”, afecta la calidad de vida del paciente y su entorno, “recrudeciendo la ya de por sí difícil situación que significa encarar una enfermedad de las características que posee el cáncer, para luego de tal desgaste, en la mayoría de las veces conseguir una orden de tratamiento integral de carácter judicial, que en ocasiones llega tarde”.

Afirma que la iniciativa ordena, aclara y facilita el acceso a la salud para la población infantil que sufre la penosa enfermedad, atiende los reclamos ciudadanos y judiciales que solicitaban al legislador abordar esa problemática con respuestas que realmente consulten la realidad social del país y también da cumplimiento al compromiso de atención integral en salud, en la forma como lo ha entendido la Corte Constitucional.

Señala el Procurador que el legislador tiene amplia libertad de configuración legislativa, que le permite aprobar leyes en temas de salud y en cuanto a la competencia exclusiva para regular el derecho fundamental a la salud en cabeza de los órganos administrativos, considera que si bien su función resulta importante para brindar cohesión a la atención en salud, ofreciendo lineamientos para la ampliación de los planes y la inclusión de medicamentos en cada uno de los regímenes, ello no es óbice para que el Congreso “proponga, discuta, estudie y apruebe las leyes que considere pertinentes para abordar el tratamiento a determinadas enfermedades que como en este caso resultan de suma importancia”, motivo por el cual solicita declarar infundada la objeción.

Por último, expresa que en la exposición de motivos obra información que demuestra que más que incrementar los gastos del Estado, el proyecto de ley pretende ordenarlos, pues actualmente la atención de los niños que sufren enfermedades catastróficas, como el cáncer, se presta en cumplimiento de fallos de tutela con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA y, en ese sentido, en criterio del Procurador el proyecto no representa desequilibrio fiscal, por cuanto los recursos de dicho fondo satisfacen los requerimientos fiscales que exigirá la aplicación de ley, de modo que no hay

desconocimiento del artículo 7° de la Ley 819 de 2003, sobre análisis del impacto fiscal.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional, según lo disponen los artículos 167 y 241-8 de la Constitución Política.

Segunda. Problemas jurídicos

Corresponde a la Corte definir si, como lo señala el Gobierno Nacional, el proyecto de ley objetado es inconstitucional por haber sido tramitado como ley ordinaria cuando por su contenido, atinente a la garantía del derecho a la vida de los niños con cáncer, debió recibir el trámite de ley estatutaria, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 152 y 153 superiores.

También debe establecer si la iniciativa objetada vulnera el carácter general y universal del derecho a la seguridad social (art. 48 Const.), al establecer limitantes que impiden superar las fallas en la regulación integral y articulada del sistema de seguridad social en salud, reveladas por esta corporación en la sentencia T-760 de 2008, en perjuicio de los derechos a la salud y a la vida de los niños.

Así mismo, debe examinar si en el trámite del proyecto el Congreso desconoció el mandato del artículo 7° de la Ley 819 de 2003, que lo obliga a efectuar el análisis de impacto fiscal de iniciativas sobre gasto público, en correspondencia con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Finalmente, debe determinar si el artículo 5° del proyecto, desconoce el derecho a la libre empresa de las instituciones prestadoras de salud -IPS- de carácter privado al obligarlas a implementar Unidades de Atención de Cáncer Infantil, UACAI.

Tercera. Verificación del trámite de las objeciones al proyecto de ley en revisión.

Antes de abordar el estudio de fondo de las objeciones presidenciales, esta Corte debe verificar si su trámite cumple con los presupuestos constitucionales, para lo cual recordará que según la jurisprudencia¹ la competencia para decidir sobre la exequibilidad de los proyectos objetados por el Gobierno Nacional, no es sólo sustancial sino también procesal, en cuanto incluye la verificación del procedimiento impartido respecto de las normas constitucionales y legales que lo regulan².

En el presente caso, los trámites surtidos después de la aprobación por parte del Congreso de la República del proyecto de ley de la referencia, se resumen así:

1. Mediante oficio de noviembre 12 de 2008, recibido el día 20 del mismo mes y año (f. 47

cd. principal) en la oficina de correspondencia de la Presidencia de la República, el Secretario General del Senado remitió el proyecto de ley al señor Presidente de la República, para sanción ejecutiva.

2. En escrito del 27 de noviembre de 2008, recibido al día siguiente en la Secretaría General del Senado de la República, a través de memorial que también suscribe el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Presidente de la República devolvió al Congreso, sin sanción ejecutiva, el mencionado proyecto de ley, al objetar por inconstitucional todo su articulado (fs. 24 a 46 ib.).

Al respecto debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 166 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 198 de la Ley 5ª de 1992, “el gobierno dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de veinte artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga de veintiuno a cincuenta artículos; y hasta de veinte días cuando los artículos sean más de cincuenta”.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que los días a que hacen referencia tales disposiciones son hábiles y no calendario³; siendo ello así, esta Corte advierte que como el proyecto de ley en revisión consta de menos de veinte artículos, el término para formular objeciones vencía el 28 de noviembre de 2008, el cual fue cumplido por el Gobierno, ya que fueron presentadas ese mismo día.

3. El 16 de diciembre de 2008, el Senado de la República, en sesión plenaria, aprobó el informe presentado por los miembros de la Comisión Accidental (f. 27 cd. ppal.), donde recomendó declarar infundadas las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional. En el mismo sentido se pronunció la Cámara de Representantes en sesión plenaria del 24 de marzo de 2009 (f. 2 ib., donde erradamente se anotó “2008”).

4. El anuncio previo a la votación del informe que declaró infundadas las objeciones presidenciales, se realizó por parte del Senado de la República el 15 de diciembre de 2008, según certificación del Secretario General de esa corporación (f. 27 ib.). En la Cámara de Representantes se realizó el 18 de marzo de 2009, según Acta de Plenaria N°162 de esa fecha.

Para examinar la validez de los referidos anuncios, la Corte debe tener en cuenta su jurisprudencia⁴, sobre la exigencia a que se refiere el artículo 8º del Acto Legislativo 01 de 2003⁵, debiendo cumplir el anuncio los siguientes requisitos⁶:

-Debe darlo la presidencia de la cámara o de la comisión, directamente o por instrucciones suyas, en una sesión distinta y previa a aquella en que debe realizarse la votación del proyecto.

-La fecha de la votación debe ser cierta, es decir, determinada o, por lo menos, determinable.

-Un proyecto de ley no puede votarse en una sesión distinta a aquélla para la cual ha sido anunciado, salvo que ésta no se realice o no con tal fin.

-No existe fórmula sacramental o frase textual que deba usarse en el Congreso para hacer el aviso.

-El uso de la expresión “anuncio”, para referirse a los avisos de proyectos que serán “considerados” o “debatidos” en otras sesiones, debe entenderse como revelador de la intención de votar dichos proyectos y, por tanto, de dar cumplimiento al requisito del artículo 160 constitucional.

-El contexto de las discusiones y los debates puede utilizarse como referencia de validación, para determinar si un anuncio efectivamente se hizo, si incluía la intención de debatir y votar el proyecto anunciado y, finalmente, si la sesión para la cual se anunció la votación es una fecha determinable.

4.1. Sobre el anuncio surtido en la Plenaria de la Cámara de Representantes, la Corte observa que se produjo en los siguientes términos, según consta en el Acta de Plenaria “162 de la sesión ordinaria del día miércoles 18 de marzo de 2009” (Gaceta del Congreso N° 245 de abril 24 de 2009, págs. 29 y ss., cd. pruebas Cámara):

“Dirección de la Sesión por la Presidencia, doctor Fabio Raúl Amín Salame:

Señor Secretario, anuncie los proyectos para la próxima Sesión.

Secretario General, doctor Jesús Alfonso Rodríguez C.:

Los proyectos para la próxima Sesión en la que se debatan proyectos de ley o de acto legislativo.

Subsecretaria General, doctora Flor Marina Daza Ramírez:

... ..

Informe sobre las Objeciones

... ..

Proyecto de ley 336 de 2008 Cámara, 094 de 2007 Senado, por el derecho a la vida (sic) los niños con Cáncer en Colombia.

... ..

Secretario General, doctor Jesús Alfonso Rodríguez C.:

... o de acto legislativo. Señor Presidente, la Secretaría le informa que están anunciados los proyectos.

Dirección de la Sesión por la Presidencia, doctor Fabio Raúl Amín Salame: Señor Secretario, sírvase certificar el quórum.

Secretario General, doctor Jesús Alfonso Rodríguez C.:

La Secretaría informa, que la votación arroja, que se ha desintegrado el quórum decisorio. No existe quórum decisorio.

Dirección de la Sesión por la Presidencia, doctor Fabio Raúl Amín Salame:

Cierre el registro, señor Secretario.

Secretario General, doctor Alfonso Rodríguez C.:

Se cierra, señor Presidente. Tenemos quórum deliberatorio, señor Presidente si usted autoriza se pueden hacer...

... ..

Se levantó la Sesión Plenaria a las 7:15 p.m., y se convocó para el día martes 24 de marzo de 2009 a las 3:00 p. m." (transcripción textual).

Visto lo anterior, el anuncio del proyecto de ley realizado por esa corporación legislativa cumplió las condiciones señaladas por la jurisprudencia, en cuanto fue dispuesto y realizado en sesión distinta y previa a la de votación, efectuada el 24 de marzo de 2009, fecha cierta en la que se votó y aprobó el informe a las objeciones presidenciales, según consta en Acta de Plenaria "163 de la Sesión Ordinaria del día martes 24 de marzo de 2009", como sigue (transcripción textual, Gaceta del Congreso N° 265 de abril 29 de 2009, págs. 32 y ss., cd. pruebas Cámara):

"Dirección de la Presidencia, doctor Miguel Amín Escaf:

Secretario General, doctor Jesús Alfonso Rodríguez C., informa:

Doctor Hernán Andrade Presidente del Senado, doctor Germán Varón Cotrino, informe de objeciones sobre proyecto de ley por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia, publicado en la Gaceta del Congreso 942 del 2008, anunciado en marzo 18 de 2009.

Nos permitimos a continuación debatir las objeciones por inconstitucionalidad y conveniencia proferidas por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para justificar la no sanción por parte del Señor Presidente de la República el proyecto de ley por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia, por la trascendencia de este proyecto presentamos nuestras respuestas dentro del punto de vista jurídico, médico, científico y humano.

Por lo anteriormente expuesto no aceptamos las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sobre el proyecto de ley 336 de 2008, 094/2007 Senado, por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia, Firman Néstor Iván Moreno, Jorge Morales Gil.

Ha sido leído el informe de objeciones.

Dirección de la Presidencia, doctor Miguel Amín Escaf:

En consideración la proposición con la que termina el informe sobre objeciones que acaba de ser leído, se abre su discusión, anuncio que va a ser cerrada la discusión, se cierra la discusión, pregunto a la plenaria de la Corporación ¿aprueba la proposición con la que termina el informe sobre objeciones?

Secretario General, doctor Jesús Alfonso Rodríguez C., informa:

Aprobada Presidente.”

4.2. El anuncio en el Senado de la República, consta en Acta de Plenaria “36 de la sesión ordinaria del día lunes 15 de diciembre de 2008”, así (Gaceta del Congreso N° 223 de abril 21 de 2009, págs. 116 y ss., cd. pruebas Senado):

“Por Secretaría se anuncian los proyectos que se discutirán y aprobarán en la próxima sesión.

Señor Presidente, los siguientes son los proyectos para discutir y votar en la próxima sesión plenaria:

... ..

Con informe de objeciones

Proyecto de ley número 94 de 2007 Senado, 336 de 2008 Cámara: por el Derecho a la vida de los Niños con Cáncer.

... ..

Siendo las 9:40 p. m. la Presidencia levanta la sesión y convoca para el martes 16 de diciembre de 2008, a las 10:00 a. m.” (está en negrilla en el texto original).

También en el Senado, el anuncio del proyecto de ley se realizó en sesión previa y diferente a la indicada para votación y aprobación del informe que declaró infundadas las objeciones presidenciales, como consta en el Acta “37 de la sesión ordinaria del día martes 16 de diciembre de 2008”, a saber (Gaceta N° 224 de abril 21 de 2009, págs. 47 y ss., cd. pruebas Senado):

“IV

Objeciones del Señor Presidente de la República, a proyectos aprobados por el Congreso.

Proyecto de ley número 094 de 2007 Senado, 336 de 2008 Cámara, por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia.

... ..

La Presidencia abre la discusión del informe en el cual se declaran infundadas las Objeciones presentadas por el Ejecutivo y, cerrada la discusión, esta le imparte su aprobación por unanimidad.

... ..

Por todo lo anteriormente expuesto, no aceptamos las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sobre el proyecto de ley número 336 de 2008 Cámara, 094 de 2007 Senado, por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia.” (Está en negrilla en el texto original.)

5. Por último, mediante oficio recibido por la Secretaría General de la Corte Constitucional el 3 de abril de 2009, el Presidente del Senado de la República, en cumplimiento del auto de Sala Plena A-084 del año en curso, remitió el proyecto de ley para que ante la insistencia del Congreso de la República, la Corte proceda a decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de la norma objetada, de conformidad con los artículos 167 y 241, numeral 8, de la Constitución y 32 del Decreto 2067 de 1991.

6. Efectuado el anterior recorrido, se observa que el trámite que se analiza, cumplido en el Congreso de la República y por el Gobierno Nacional sobre las objeciones presidenciales y a la insistencia congresal, se ajustó al procedimiento establecido en la Constitución Política y la ley; así, no existiendo duda sobre el debido cumplimiento del trámite formal de las objeciones, la Corte pasa a examinar de fondo las objeciones al proyecto de ley de la referencia.

Cuarta. Análisis material de las objeciones presidenciales.

4.1. Sobre el presunto desconocimiento del trámite de ley estatutaria

Para el Ejecutivo el proyecto de ley bajo revisión es contrario a la Carta Política, por cuanto fue aprobado como ley ordinaria, debiendo habersele impartido el trámite de una ley estatutaria, toda vez que desarrolla el derecho a la salud de los menores que padecen cáncer, el cual por expreso mandato del artículo 152 superior y la jurisprudencia de esta Corte, tiene carácter fundamental, y por tanto, su regulación deber ser sometida al procedimiento legislativo propio de esa clase de leyes.

Las cámaras insisten en la sanción del proyecto, por considerar que no es necesario impartir el trámite de ley estatutaria a aquellas propuestas cuya materia, si bien guarda relación con derechos fundamentales, no afecta el núcleo esencial de los mismos, lo que en su parecer fue lo que sucedió en el presente caso, ya que el objeto de la iniciativa objetada no pretende restringir la prestación del servicio de salud a los menores de edad sino que, por el contrario busca ampliar su cobertura disminuyendo la tasa de mortalidad por cáncer en los niños, niñas y personas adolescentes.

Antes de analizar la objeción, debe advertir la Corte que como el planteamiento del Gobierno es genérico y abarca la totalidad del proyecto, el pronunciamiento que realice tendrá el mismo carácter, en cuanto se circunscribirá a ese presunto vicio de procedimiento; además, en tal evento, “los efectos de la cosa juzgada deben entenderse relacionados tan sólo con las razones expuestas por el Gobierno al objetar, con los preceptos constitucionales respecto de los cuales se ha hecho la confrontación y con los aspectos que han sido materia del análisis explícito efectuado por la Corte” 7.

Según la jurisprudencia⁸, para saber si determinado asunto requiere ser sometido al trámite de ley estatutaria deben ser atendidos, preferentemente, “los criterios materiales sobre los puramente formales o nominales”; y por ello, “si una norma no regula integralmente un derecho pero sí afecta su núcleo esencial, debe ser de ley estatutaria”; y en relación con las materias enunciadas en el artículo 152 superior, que deben someterse obligatoriamente al trámite de ley estatutaria señalado en el artículo 153 ibídem, esta Corte ha expresado que debe hacerse una interpretación restrictiva, “para evitar eliminar la competencia general otorgada por la misma Carta al legislador ordinario en el artículo 150 superior”⁹, tarea en la que es indispensable aplicar los siguientes criterios tradicionales que permiten determinar si una norma está sometida a reserva de ley estatutaria¹⁰:

- (i) Cuando el asunto versa sobre un derecho constitucional fundamental y no sobre un derecho de otra naturaleza;
- (ii) Cuando por medio de la norma se regula y complementa un derecho fundamental;
- (iii) Cuando dicha regulación toca los elementos conceptuales y estructurales mínimos de derechos fundamentales, y
- (iv) Cuando la normatividad tiene una pretensión de regular integralmente el derecho fundamental.

Igualmente, ha señalado esta corporación que para establecer si determinado asunto debió haberse tramitado por medio de ley estatutaria, no basta con determinar si su objeto tiene alguna relación con un derecho fundamental, “ya que será necesario además, constatar si el contenido normativo expresado por la ley desde el punto de vista material, regula elementos que se encuentran próximos y alrededor del contenido esencial de un derecho fundamental, y en caso de realizar restricciones, límites o condicionamientos sobre éstos, deberá verificarse si éstas tienen un carácter proporcional y constitucionalmente razonable” 11.

Según la jurisprudencia de esta Corte¹², tratándose de derechos y deberes fundamentales (lit. a del art. 152 Const.), los criterios para saber si determinada disposición que los regule debe ser tramitada como ley estatutaria son los siguientes: (i) que efectivamente la materia verse sobre derechos y deberes de carácter fundamental; (ii) que desarrolle elementos estructurales y principios básicos propios del derecho o deber en cuestión; (iii) que se refiera a contenidos próximos al núcleo esencial del derecho; (iv) que regule aspectos inherentes al ejercicio del derecho; (v) que consagre límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial; (vi) cuando se trate de un cuerpo normativo, que éste pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental que aluda a la estructura general y principios reguladores, pero no al desarrollo integral y detallado; y (vii) que la disposición se refiera a aspectos principales e importantes de tales derechos.

De otra parte, la Corte ha señalado en forma reiterada¹³ que las normas sobre seguridad social “no deben hacer parte de una ley estatutaria necesariamente”, criterio que fue expresado desde la sentencia C-408 de 1994 (septiembre 15), M. P. Fabio

Morón Díaz, que, entre otras determinaciones, declaró exequible la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, al estimar innecesario que el Congreso le impartiera el trámite de ley estatutaria, ya que su contenido no corresponde a los elementos de derechos fundamentales que quiso el constituyente someter a esa categoría legal, entre otras, con base en las siguientes consideraciones:

“La Carta dispone la facultad del legislador para regular los contenidos de la seguridad social, entendiéndose por tal, a un tiempo, un ‘servicio público de carácter obligatorio’ y ‘un derecho irrenunciable’. Técnicamente esta antinomia resulta irreconciliable. Sin embargo, la interpretación integradora de distintos elementos concurrentes en determinadas realidades constitucionales, permite afirmar que la seguridad social es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio.

... ..

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.”

Con base en los anteriores criterios, se analizará la objeción presidencial teniendo en cuenta que el proyecto de ley que se revisa se titula “por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia”, lo cual sugeriría que a la materia regulada correspondería el trámite estatutario (lit. a del art. 152 Const.), toda vez que se refiere al derecho a la vida, que indiscutiblemente es un derecho fundamental (arts. 11, 44 ibídem); sin embargo, dejando de lado el criterio nominativo y aplicando en cambio el material, se llega a una conclusión distinta.

En efecto, de conformidad con el artículo 1° del proyecto en revisión, su objeto consiste en “disminuir de manera significativa, la tasa de mortalidad por cáncer en los niños y personas menores de 18 años, a través de la garantía por parte de los actores de la seguridad social en salud, de todos los servicios que requieren para su detección temprana y tratamiento integral, aplicación de protocolos y guías de atención estandarizados y con la infraestructura, dotación, recurso humano y tecnología requerida, en Centros Especializados habilitados para tal fin”.

En tal sentido, el proyecto de ley pretende garantizar el derecho a la seguridad social en salud de manera específica para las personas menores de 18 años de edad que padecen cáncer (art. 2°), mediante los siguientes mecanismos:

(i) Garantía de atención, a través de la puesta en marcha de una base de datos para agilizar

la prestación del servicio (art. 3°).

(ii) Adopción de un modelo integral de atención, que comporta la obligación para los aseguradores de autorizar todos los servicios que requiera el menor, de manera inmediata, a partir de la confirmación del diagnóstico (art. 4°).

(iii) Creación de Unidades de Atención de Cáncer Infantil, UACAI, (arts. 5° a 11°).

(iv) Creación del Registro Nacional de Cáncer Infantil y del Número Único Nacional, con el propósito de llevar en tiempo real el registro sobre el diagnóstico, seguimiento y evolución del tratamiento (arts. 12, 13).

(v) Creación del Servicio de Apoyo Social, que implica contar con los servicios de un hogar de paso, incluyendo gastos de desplazamiento, apoyo psicosocial y escolar (art. 13).

(vi) Creación del Consejo Nacional Asesor del Cáncer Infantil y los Consejos Departamentales Asesores, encargados de efectuar el seguimiento y monitoreo de la implementación de la ley (arts. 14 y 15).

Como puede apreciarse, la materia del proyecto de ley en revisión, aunque evidentemente guarda relación con derechos fundamentales, como la vida y la salud, no tiene por finalidad regularlos de manera integral, estructural y completa, no desarrolla sus elementos básicos, ni se refiere a los contenidos más próximos a su núcleo esencial, pues busca asegurar que los beneficiarios de la ley -las personas menores de 18 años, que se encuentran en las circunstancias descritas en el artículo 2°-, gocen del servicio de seguridad social en salud en forma adecuada y oportuna por parte de las instituciones correspondientes, mediante el reconocimiento de prestaciones asistenciales y la implementación de mecanismos administrativos y operativos reseñados.

La propuesta tampoco consagra limitaciones que afecten el núcleo esencial de los mencionados derechos fundamentales, que de haberse establecido habrían afectado la constitucionalidad del proyecto en revisión, ya que como se explicó, busca avanzar en la atención integral de esa penosa enfermedad respecto de niños, niñas y menores de 18 años, considerados sujetos de especial protección, para así disminuir de manera significativa la tasa de mortalidad por cáncer en esas personas, a través de la garantía por parte de los actores de la seguridad social en salud de todos los procedimientos y servicios que se requiere para su detección temprana y tratamiento integral, en lugares especializados que cuenten con infraestructura y tecnología.

Así, el artículo 3° de la iniciativa dispone que tales procedimientos serán entendidos como todos los elementos y servicios que se requieran para la atención de los beneficiarios como consultas, exámenes de apoyo diagnóstico, medicamentos, intervenciones quirúrgicas y el seguimiento al paciente, que tendrán un manejo equivalente a los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, por parte del asegurador o ente territorial; por su parte el artículo 4° ib. dispone que dichos servicios se ordenarán de manera inmediata y se prestarán en la Unidad de Atención de Cáncer Infantil, UACAI, de acuerdo con el criterio de los médicos tratantes en distintas

especialidades y demás criterios allí señalados, con la advertencia de que si la unidad no cuenta con ese servicio o no tiene capacidad disponible, deberá remitirlo al centro que ésta seleccione, sin que sean limitantes, el pago de copagos o cuotas moderadoras, ni los períodos de carencia, independientemente del número de semanas cotizadas; por último, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero del citado artículo, la UACAI debe suministrar los medicamentos de óptima calidad y garantizará la aplicación de tratamientos preventivos, como vacunación anual contra la influenza, de acuerdo con guías de atención y protocolos, a fin de evitar que la falta de esa medida ponga en peligro la efectividad del tratamiento del menor.

En suma, como la regulación que se examina no corresponde a los elementos que la Carta exige someter al trámite de ley estatutaria, en cuanto se refiere a factores de carácter administrativo, operativo y asistencial, relacionados con la obligación estatal de asegurar su prestación eficiente del servicio público de seguridad social (art. 365 Const.), y no restringe sino que amplía y hace efectiva la garantía del derecho fundamental a la salud de los niños y niñas que padecen cáncer, se concluye que no requería del trámite de ley estatutaria, razón por la cual no prospera la objeción presidencial.

4.2. Sobre la presunta “desarticulación” del sistema de seguridad social en salud

Sostiene el Ejecutivo que el proyecto de ley objetado es inconstitucional, porque establece restricciones que impiden al Estado superar los problemas de regulación del sistema de seguridad social en salud, analizados por esta Corte en la sentencia T-760 de 2008, afectando, de contera, los derechos a la salud y la vida y los derechos de los niños, fallas que, en su criterio, deben ser superadas armónicamente entre distintas instancias y no solamente a través de medidas legislativas, como las contenidas en el proyecto de ley objetado en su sentir.

Aduce también que la iniciativa impide que exista una política pública de salud coherente, pues define los contenidos del plan de beneficios, asunto que corresponde determinar al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS, previo análisis de su pertinencia y de la evaluación de un esquema de financiación sostenible en el tiempo, que permita el acceso efectivo a las prestaciones que otorga.

Las cámaras legislativas insisten en la iniciativa, por considerar que la tardanza en regular de manera integral la atención del cáncer infantil incentiva la mortalidad, básicamente por errores administrativos en la detección y tratamiento de esa enfermedad; en su opinión, tampoco modifica el POS ni contempla una canasta de servicios infinita, pues procura el suministro oportuno de medicamentos y/o procedimientos formulados por los médicos para el tratamiento del cáncer infantil, con arreglo a criterios de racionalidad y calidad, en centros especializados y con personal experto, asunto que, en su parecer, puede ser definido por el legislador, quien, para el caso, consideró necesario hacer ajustes al modelo de atención, a fin de evitar que los menores sigan muriendo a causa de esa patología.

Para esta Corte la objeción no está llamada a prosperar, por las siguientes razones:

Aunque el reproche del Ejecutivo pareciera plantear un problema susceptible de ser resuelto en sede de control abstracto de constitucionalidad, realmente esboza un cuestionamiento a la política pública relacionada con el diseño y funcionamiento del sistema de seguridad social en salud, particularmente, al esquema de atención del cáncer infantil por parte de los operadores de dicho sistema, asunto sobre el cual no puede pronunciarse esta corporación, pues por expreso mandato del artículo 167 superior, su competencia recae únicamente sobre las objeciones formuladas por motivos de inconstitucionalidad, ya que las que no tienen dicho carácter sólo propician la reconsideración del asunto por las plenarios de las células legislativas, obligando, ante la insistencia congresal, a la sanción presidencial del proyecto, sin lugar a plantear nuevas objeciones. Así lo establece la citada norma superior al preceptuar que “El presidente sancionará sin poder presentar objeciones el proyecto que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra cámara. Exceptúase el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional”.

Además, cuando la Corte Constitucional, en su función de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta, entra a decidir sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley objetado por el Gobierno, sólo puede pronunciarse sobre su validez formal y material (art. 241-8 Const.), por presunta contradicción con el ordenamiento superior y no por otros motivos como son los relacionados con la conveniencia u oportunidad de las medidas adoptadas por el legislador¹⁴; por tal razón, la jurisprudencia ha señalado que el examen que realiza la Corte se circunscribe, prima facie, al análisis y decisión de las objeciones tal como fueron formuladas por el Ejecutivo¹⁵, y de ahí que no pueda involucrar aspectos diferentes, que conlleven la solución de un problema que no es de naturaleza constitucional.

Cosa distinta es que ante la persistente conculcación de derechos fundamentales, esta corporación, a través de su Sala Segunda de Revisión de tutelas, hubiera decidido analizar en sentencia T-760 de 2008 (julio 31), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, problemas recurrentes en la prestación del servicio de salud, ordenándole al Ministerio de la Protección Social y a la Comisión de Regulación en Salud, la adopción de distintas medidas en dos frentes fundamentales: los planes de beneficios y el flujo de recursos para financiar dicho servicio, a fin de impedir que en el futuro se siga presentando esa situación.

Tales determinaciones son expresión natural de las facultades que la Carta atribuye a los jueces para conocer de la acción de tutela (art. 86 Const.) y de la competencia que la Carta Política otorga a la Corte Constitucional para revisar las decisiones judiciales sobre amparo (art. 241-9 ib.), de acuerdo con el procedimiento previsto en el Decreto 2591 de 1991, que reglamenta el ejercicio de dicha acción.

Ese control, aunque parece atípico, en verdad no lo es, pues a diferencia del control abstracto de constitucionalidad, está dirigido a velar por la efectividad de los derechos fundamentales mediante la verificación de la racionalidad de la política del gobierno y su coherencia a la luz de los deberes constitucionales del Estado, en relación con la prestación eficiente del servicio de salud (arts. 49 y 365 Const.), sin recaer sobre el diseño

y contenido de la misma o sobre los mecanismos y programas desarrollados para su implementación y ejecución.

En aplicación de la norma que habilita al juez para establecer los demás efectos del fallo de tutela a fin de garantizar al agraviado el pleno goce del derecho conculcado, manteniendo la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho conculcado (art. 27 Decreto 2591 de 1991, inciso final¹⁶), la Sala Segunda de Revisión expidió 14 órdenes, reservándose la facultad de hacer seguimiento a la puesta en marcha de las medidas acordadas, mediante la exigencia de informes periódicos de los avances alcanzados, el establecimiento de prioridades y metas concretas. Precisamente, una de aquéllas órdenes se relaciona con la unificación del plan de beneficios establecido a favor de los menores de edad, asunto respecto del cual se dispuso lo siguiente:

“Vigésimo primero.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado, medida que deberá adoptarse antes del 1 de octubre de 2009 y deberá tener en cuenta los ajustes necesarios a la UPC subsidiada de los niños y las niñas para garantizar la financiación de la ampliación en la cobertura. En caso de que para esa fecha no se hayan adoptado las medidas necesarias para la unificación del plan de beneficios de los niños y las niñas, se entenderá que el plan obligatorio de salud del régimen contributivo cubre a los niños y las niñas del régimen contributivo y del régimen subsidiado.

Un informe sobre el proceso de cumplimiento de esta orden deberá ser remitido a la Corte Constitucional antes del 15 de marzo de 2009 y comunicado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Defensoría del Pueblo.

En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada para el 1° de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

Como puede apreciarse, la orden no está dirigida al Congreso sino a un organismo de la rama ejecutiva, lo cual no significa que aquél haya perdido competencia para regular lo relacionado con el servicio de salud, en lo atinente a su adecuada, oportuna y eficiente prestación, así como la definición de los beneficios correspondientes, como parece sugerirlo el Gobierno en su objeción.

Ciertamente, en forma reiterada esta corporación ha señalado que en desarrollo de los artículos 48, 49, 150-23 y 365 superiores el legislador goza de libertad -que de ninguna manera es absoluta-, para regular la prestación de los servicios de salud, pues está limitada por el respeto de los valores, principios y derechos de orden superior¹⁷; en ese sentido ha establecido que el Congreso tiene amplio margen de configuración para determinar, por ejemplo, cuáles entidades del sector público o privado pueden prestar el servicio de salud, el régimen a que deben sujetarse, las prestaciones y beneficios y demás aspectos atinentes al mismo¹⁸, así como definir y concretar los mecanismos institucionales y los procedimientos pertinentes, pudiendo recurrir a distintos mecanismos y diseños para desarrollar y materializar ese derecho¹⁹.

Sin embargo, ha insistido que tal facultad tiene claros límites constitucionales en principios, valores y derechos de orden superior, que restringen y delimitan la libertad de configuración del legislador en esta materia. Entre otros parámetros el legislador al regular el derecho a la salud debe tener en cuenta (i) su carácter obligatorio e irrenunciable; (ii) su prestación como servicio público cuya dirección, organización, control y vigilancia se establece bajo responsabilidad del Estado; (iii) los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia²⁰; y, (iv) el respeto al principio de igualdad²¹, que podría verse conculcado cuando el legislador “recurre a criterios de diferenciación sospechosos o potencialmente discriminatorios”²², que impliquen un trato diferente a situaciones iguales o análogas que ameritan el mismo trato.

En el asunto bajo revisión, encuentra esta Corte que el legislador ha ejercido su facultad de configuración dentro de los mencionados límites, ya que persigue hacer realidad el derecho fundamental a la salud de los menores de edad (art. 46 Const.), mediante la prestación del servicio de seguridad social con arreglo a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, al consagrar la atención integral del menor que padece cáncer, sin importar si está afiliado o no al sistema de seguridad social, para que le sean autorizados todos los procedimientos que requiera en la Unidad de Atención de Cáncer Infantil, UACAI, sin que sean limitantes copagos o cuotas moderadoras, ni períodos de carencia, independientemente del número de semanas cotizadas.

Advierte esta corporación que la iniciativa lejos de interferir en el cumplimiento de las medidas adoptadas en la sentencia T-760 de 2008, se orienta hacia la unificación de los planes de beneficios de los menores de edad ordenada en dicha providencia, toda vez que en lo que a la atención del cáncer infantil se refiere, consagra la garantía de atención integral por igual para todos los niños y niñas que padecen cáncer, sin tener en consideración la clase de régimen al que pertenecen o si están simplemente vinculados al sistema de seguridad social en salud.

En ese sentido, para esta Corte es evidente que tal medida no conlleva violación al derecho a la igualdad, toda vez que es trasunto del mandato consagrado en el artículo 13 superior, según el cual el Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, grupo al que indiscutiblemente pertenecen los menores de edad que padecen cáncer.

Por último, si en gracia de discusión se aceptase para el caso la posibilidad de un pronunciamiento en sede de control abstracto sobre aspectos relativos a la conveniencia o eficacia del proyecto y sus implicaciones en la configuración de la política pública del sector de la salud, tampoco podría examinarse la objeción, ya que el Gobierno no presentó prueba alguna de sus afirmaciones, limitándose a hacer disquisiciones generales sobre la existencia de supuestas “restricciones” y “obstáculos” en el proyecto de ley bajo estudio, que a su juicio impiden la articulación del sistema de seguridad social en salud.

4.2.1. La sentencia C-662 de 2009 y el principio de integralidad en el sistema de general seguridad social en salud SGSSS.

Esta Corte, al resolver las objeciones presidenciales al proyecto de ley N° 312/08 Senado - 90/07 Cámara “Ley Sandra Ceballos, por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia”, determinó la imposibilidad de emitir pronunciamiento de fondo por considerar que el Ejecutivo únicamente planteó reparo legal del proyecto frente al SGSSS, cuyo contenido es potestativo del Congreso conforme a su facultad de configuración sobre la materia, según los dictados de los artículos 48 y 49 de la Constitución. Sobre el particular²³, indicó:

“3.4.2. En criterio de la Corte, la objeción planteada por el Ejecutivo no ofrece los parámetros necesarios para que la Corte emita un pronunciamiento de fondo, en tanto no plantea una contradicción entre la iniciativa parlamentaria y la Carta Política, sino que se restringe a contrastar el proyecto de ley con normas anteriores de índole estrictamente legal. En tal sentido, la objeción planteada ofrece un falso problema de constitucionalidad, fundado en (i) el desconocimiento del parámetro de control para el caso de las objeciones presidenciales; y (ii) el entendimiento equivocado del principio de integralidad, definido por la sentencia T-760/08, a partir de la recopilación que esa decisión hizo de la jurisprudencia constitucional sobre las implicaciones, desde la perspectiva de la Carta Política, del servicio público de atención en salud.

3.4.3. Como se indicó en el fundamento jurídico 3.3. de esta sentencia, el contenido de los artículos 48 y 49 C.P., la Constitución le confiere al Congreso la potestad para definir el contenido del SGSSS, lo que implica que el órgano de representación democrática tiene la posibilidad de fijar distintas modalidades de organización prestacional e institucional del sistema de salud, sometido solamente a los límites materiales y sustanciales antes analizados.

Para el caso propuesto, el Ejecutivo parte de un presupuesto sustancial, de acuerdo con el cual del hecho que la sentencia T-760/08 hubiera reconocido como válidos, desde la perspectiva constitucional, los arreglos institucionales y de competencias previstos en la Ley 100/03 y la Ley 1122/07, surge una limitación para el legislador respecto a la reglamentación de fórmulas distintas de definición del contenido del SGSSS. Por ende, el proyecto de ley objetado, en tanto se aparta de esa legislación inicial y, en especial, se arroga competencias que dicha normatividad había conferido a la CRES, viola la Constitución.

Esta objeción desconoce que las normas constitucionales que regulan el SGSSS, establecen que corresponde al legislador, de manera autónoma, la definición del contenido del SGSSS. Esto conlleva que el Congreso, una vez analizadas las razones de conveniencia política y social que corresponden a la labor parlamentaria, puede introducir modificaciones al sistema de salud. En ese sentido, carece de sustento la afirmación según la cual las normas legales anteriores configuran un límite para dicho ejercicio de la configuración legislativa.

Esta libertad de configuración legislativa, del mismo modo, no se encuentra limitada por el reconocimiento de la validez constitucional que esta Corporación haga de un determinado modelo de organización del SGSSS. Al respecto, debe resaltarse que en la sentencia T-760/08, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional revisó

distintos fallos de tutela, relacionados con fallas en la atención médica prodigada por el SGSSS y dispuso una serie de órdenes estructurales a las distintas instancias del sistema, dirigidas a corregir las falencias principales del mismo, que desconocen los deberes de protección, respecto y garantía del derecho fundamental a la salud.

.....

...,la Corte estableció que las órdenes estructurales que adoptó estarían dirigidas a las autoridades e instancias del SGSSS, que había fijado la ley. En consecuencia, dirigió previsiones concretas al Ministerio de la Protección Social, a la CRES y la CNSSS, en tanto instituciones a las que el Congreso había adscrito competencia en materia de definición del contenido concreto del sistema de salud. Esta decisión se enmarca, entonces, en el respeto al principio democrático y a las normas constitucionales que confieren al legislativo, y no a los jueces, la definición del contenido del SGSSS.

Sin embargo, esta decisión no significa, en modo alguno, la petrificación de la facultad del legislador para establecer fórmulas diversas de arreglo institucional del SGSSS. Por ende, si el Congreso en ejercicio de sus competencias constitucionales y bajo el sometimiento de los límites formales y materiales antes aludidos, decide modificar dicha configuración legal del sistema de atención en salud, tal previsión, como sucede con el proyecto de ley objetado, es una expresión constitucionalmente legítima del poder de configuración normativa.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que los presuntos inconvenientes en la aplicación de las normas del proyecto de ley, en razón de la colisión de competencias que genera entre las distintas instituciones del SGSSS, en especial la CRES, es un asunto que se inscribe claramente dentro de los cuestionamientos por la conveniencia de la iniciativa legislativa. Estos asuntos, como se deriva de lo previsto en el artículo 167 C.P., escapan del control de constitucionalidad que efectúa la Corte en esta instancia.”

Destaca esta corporación que la objeción expuesta por el Gobierno Nacional, en estudio, guarda identidad con la referida en la sentencia C-662 de 2009 citada, en tanto ambas asumen (i) la problemática de la población colombiana con cáncer bajo un mismo esquema de análisis, (ii) el entendimiento que se tiene acerca del principio de integralidad, reconocido por la Corte en la sentencia T-760 de 2008 y (iii) la concepción y fines del Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS, como de la Comisión Reguladora de Salud CRES, de acuerdo a la competencia otorgada por el legislador, razón suficiente para que la Corte reitera lo indicado en dicho fallo como línea de interpretación dada al planteamiento del Ejecutivo, que por ser de estirpe legal, no se aviene al mandato del artículo 167 superior, según el cual la competencia recae exclusivamente sobre objeciones formuladas por motivos de constitucionalidad.

Para la Corte el principio de integralidad está relacionado con parámetros de naturaleza legal como criterio ordenador del Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS, de manera que se garantice a las personas el tratamiento de salud que requieran, y en especial si se trata de una enfermedad catastrófica o si hallan comprometidas la vida o la integridad personal, sistema de competencia constitucional del legislador cuyo contenido y alcances no son factibles de ser desconocidos mediante objeción de constitucionalidad.

Al respecto, esta corporación en la aludida providencia C-662 de 2009, concluyó: “(i) el reconocimiento en una decisión judicial de determinado diseño institucional del SGSSS, no resulta incompatible con la posibilidad que el legislador establezca nuevas modalidades de regulación, competencia que está sometida únicamente a los límites formales y sustanciales anteriormente descritos; (ii) del principio de integralidad, que tiene fundamento en normas dictadas por el Congreso en ejercicio de la citada competencia de producción legislativa, no se deriva un deber constitucional de restringir las fórmulas legislativas sobre el contenido al SGSSS a solo aquellas que estipulen reglas para la generalidad de la población sujeto de la atención en salud; y (iii) la objeción planteada establece un falso problema de constitucionalidad que, en cambio, apunta al ejercicio adecuado de las competencias de apropiación y ejecución presupuestal, e implementación de políticas públicas, todas ellas a cargo del Gobierno Nacional.”

Con base en las consideraciones expuestas, la Corte encuentra que en el presente caso, al igual que como lo analizó en la sentencia C-662 de 2009, se está ante la ausencia de argumentos suficientes para pronunciarse sobre el asunto planteado. Por tanto, la Sala proferirá decisión inhibitoria en lo que corresponde a la objeción basada en la “desarticulación” del sistema general de seguridad social en salud.

4.3. Sobre la presunta ausencia de análisis del impacto fiscal exigida por el artículo 7° de la Ley 819 de 2003

Según el Gobierno, el proyecto de ley en revisión presenta un vicio de procedimiento que afecta su constitucionalidad, por estimar que el Congreso lo aprobó sin que previamente hubiera realizado el análisis de impacto fiscal de la iniciativa, atendiendo el Marco Fiscal de Mediano Plazo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 y lo establecido en el artículo 151 superior, que ordena atender esa exigencia; explica que la obligación impuesta a los aseguradores de autorizar todos los servicios que requiera el menor con cáncer, los hogares de paso y los gastos de desplazamiento, apoyo psicosocial y escolar, “permiten deducir que se involucra tecnología de punta para el tratamiento de la enfermedad”, incrementando las cargas financieras del sistema, como resultado de la ampliación de los beneficios, tanto en el régimen contributivo como subsidiado.

El Congreso desestima el reproche formulado por el Ejecutivo, por considerar que a la luz de la Carta Política el goce de un derecho fundamental no puede estar supeditado a condiciones de orden financiero, sin que ello implique desconocer la articulación entre presupuesto y planeación del sistema general seguridad social en salud, y agrega que la objeción, además de no estar planteada en términos constitucionales, ignora la libertad de configuración del legislador en materia de seguridad social.

Para resolver el cuestionamiento del Gobierno, conviene tener presente que de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, en los proyectos sobre gasto público el Congreso debe incorporar el estudio sobre el costo fiscal de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para financiarlo. Así lo establece la norma en mención:

“Artículo 7°. Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que

otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.

Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberán contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.”

Esta Corte ha analizado el sentido y alcance de la anterior disposición²⁴, así como las implicaciones que su incumplimiento acarrea en la validez constitucional de las iniciativas sobre gasto público. En sentencia C-502 de 2007 (julio 4), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, en la cual estudió la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria número 34/05 Senado y 207/05 Cámara “Por la cual se desarrolla el artículo 227 de la Constitución Política, con relación a la elección directa de parlamentarios andinos”, sentó la siguiente doctrina, que se transcribe in extenso:

“El art. 7° de la Ley 819 de 2003 exige que en todo proyecto de ley, ordenanza o acuerdo que ordene gastos u conceda beneficios tributarios se explicité cuál es su impacto fiscal y se establezca su compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo que dicta anualmente el Gobierno Nacional. Para el efecto dispone que en las exposiciones de motivos de los proyectos y en cada una de las ponencias para debate se deben incluir expresamente los costos fiscales de los proyectos y la fuente de ingreso adicional para cubrir los mencionados costos. De la misma manera, establece que durante el trámite de los proyectos el Ministerio de Hacienda debe rendir concepto acerca de los costos fiscales que se han estimado para cada uno de los proyectos, así como sobre la fuente de ingresos para cubrirlos y sobre la compatibilidad del proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Evidentemente, las normas contenidas en el art. 7° de la Ley 819 de 2003 constituyen un importante instrumento de racionalización de la actividad legislativa, con el fin de que ella se realice con conocimiento de causa de los costos fiscales que genera cada una de las leyes aprobadas por el Congreso de la República. También permiten que las leyes dictadas estén en armonía con la situación económica del país y con la política económica trazada por las autoridades correspondientes. Ello contribuye ciertamente a generar orden en las finanzas públicas, lo cual repercute favorablemente en la estabilidad macroeconómica del país.

De la misma manera, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el mencionado art. 7° ha de tener una incidencia favorable en la aplicación efectiva de las leyes, ya que la aprobación de las mismas solamente se producirá después de conocerse su impacto fiscal previsible y las posibilidades de financiarlo. Ello indica que la aprobación de las leyes no estará acompañada de la permanente incertidumbre acerca de la posibilidad de cumplirlas o de desarrollar la política pública en ellas plasmada. Con ello, los instrumentos contenidos en el artículo 7 analizado pueden contribuir a la superación de esa tradición existente en el país - de efectos tan deletéreos en el Estado Social de Derecho - que lleva a aprobar leyes sin que se incorporen en el diseño de las mismas los elementos necesarios -administrativos, presupuestales y técnicos- para asegurar su efectiva implementación y para hacer el seguimiento de los obstáculos que dificultan su cabal, oportuno y pleno cumplimiento.

Así, pues, el mencionado art. 7° de la Ley 819 de 2003 se erige como una importante herramienta tanto para racionalizar el proceso legislativo como para promover la aplicación y el cumplimiento de las leyes, así como la implementación efectiva de las políticas públicas. Pero ello no significa que pueda interpretarse que este artículo constituye una barrera para que el Congreso ejerza su función legislativa o una carga de trámite que recaiga sobre el legislativo exclusivamente.

35. Ciertamente, dadas las condiciones actuales en que se desempeña el Congreso de la República, admitir que el art. 7° de la Ley 819 de 2003 constituye un requisito de trámite, que crea una carga adicional y exclusiva sobre el Congreso en la formación de los proyectos de ley, significa, en la práctica, cercenar considerablemente la facultad del Congreso para legislar y concederle al Ministerio de Hacienda una especie de poder de veto sobre los proyectos de ley.

Por una parte, los requisitos contenidos en el artículo presuponen que los congresistas - o las bancadas - tengan los conocimientos y herramientas suficientes para estimar los costos fiscales de una iniciativa legal, para determinar la fuente con la que podrían financiarse y para valorar sus proyectos frente al Marco Fiscal de Mediano Plazo. En la realidad, aceptar que las condiciones establecidas en el art. 7° de la Ley 819 de 2003 constituyen un requisito de trámite que le incumbe cumplir única y exclusivamente al Congreso reduce desproporcionadamente la capacidad de iniciativa legislativa que reside en el Congreso de la República, con lo cual se vulnera el principio de separación de las Ramas del Poder Público, en la medida en que se lesiona seriamente la autonomía del Legislativo.

Precisamente, los obstáculos casi insuperables que se generarían para la actividad legislativa del Congreso de la República conducirían a concederle una forma de poder de veto al Ministro de Hacienda sobre las iniciativas de ley en el Parlamento. El Ministerio de Hacienda es quien cuenta con los elementos necesarios para poder efectuar estimativos de los costos fiscales, para establecer de dónde pueden surgir los recursos necesarios para asumir los costos de un proyecto y para determinar la compatibilidad de los proyectos con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. A él tendrían que acudir los congresistas o las bancadas que quieren presentar un proyecto de ley que implique gastos. De esta manera, el Ministerio decidiría qué peticiones atiende y el orden de

prioridad para hacerlo. Con ello adquiriría el poder de determinar la agenda legislativa, en desmedro de la autonomía del Congreso.

Pero, además, el Ministerio podría decidir no intervenir en el trámite de un proyecto de ley que genere impacto fiscal o simplemente desatender el trámite de los proyectos. Ello podría conducir a que el proyecto fuera aprobado sin haberse escuchado la posición del Ministerio y sin conocer de manera certera si el proyecto se adecua a las exigencias macroeconómicas establecidas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo. En realidad, esta situación ya se presentó en el caso analizado en la Sentencia C-874 de 2005 - atrás reseñada - y el Presidente de la República objetó el proyecto por cuanto el Ministerio de Hacienda no había conceptuado acerca de la iniciativa legal. Sin embargo, como se recordó, en aquella ocasión la Corte manifestó que la omisión del Ministerio de Hacienda no afectaba la validez del proceso legislativo.

36. Por todo lo anterior, la Corte considera que los primeros tres incisos del art. 7° de la Ley 819 de 2003 deben entenderse como parámetros de racionalidad de la actividad legislativa, y como una carga que le incumbe inicialmente al Ministerio de Hacienda, una vez que el Congreso ha valorado, con la información y las herramientas que tiene a su alcance, las incidencias fiscales de un determinado proyecto de ley. Esto significa que ellos constituyen instrumentos para mejorar la labor legislativa.

Por otra parte, es preciso reiterar que si el Ministerio de Hacienda no participa en el curso del proyecto durante su formación en el Congreso de la República, mal puede ello significar que el proceso legislativo se encuentra viciado por no haber tenido en cuenta las condiciones establecidas en el art. 7° de la Ley 819 de 2003. Puesto que la carga principal en la presentación de las consecuencias fiscales de los proyectos reside en el Ministerio de Hacienda, la omisión del Ministerio en informar a los congresistas acerca de los problemas que presenta el proyecto no afecta la validez del proceso legislativo ni vicia la ley correspondiente.”

Posteriormente, en sentencia C-315 de 2008 (abril 9), M. P. Jaime Córdoba Triviño, donde se analizaron las objeciones presidenciales al proyecto de ley No. 18/06 Senado - 207/07 Cámara, “por la cual se establecen rebajas en las sanciones para los remisos del servicio militar obligatorio”, esta corporación sintetizó las siguientes reglas, en cuanto al contenido y alcance de la previsión del impacto fiscal al interior de los proyectos de ley:

-Las obligaciones previstas en el artículo 7º de la Ley 819/03 constituyen un parámetro de racionalidad legislativa, que está encaminado a cumplir propósitos constitucionalmente valiosos, entre ellos el orden de las finanzas públicas, la estabilidad macroeconómica y la aplicación efectiva de las leyes. Esto último en tanto un estudio previo de la compatibilidad entre el contenido del proyecto de ley y las proyecciones de la política económica, disminuye el margen de incertidumbre respecto de la ejecución material de las provisiones legislativas.

-El mandato de adecuación entre la justificación de los proyectos de ley y la

planeación de la política económica, empero, no puede comprenderse como un requisito de trámite para la aprobación de las iniciativas legislativas, cuyo cumplimiento recaiga exclusivamente en el Congreso. Ello en tanto (i) el Congreso carece de las instancias de evaluación técnica para determinar el impacto fiscal de cada proyecto, la determinación de las fuentes adicionales de financiación y la compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo; y (ii) aceptar una interpretación de esta naturaleza constituiría una carga irrazonable para el Legislador y otorgaría un poder correlativo de veto al Ejecutivo, a través del Ministerio de Hacienda, respecto de la competencia del Congreso para hacer las leyes. Un poder de este carácter, que involucra una barrera en la función constitucional de producción normativa, se muestra incompatible con el balance entre los poderes públicos y el principio democrático.

-Si se considera dicho mandato como un mecanismo de racionalidad legislativa, su cumplimiento corresponde inicialmente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, una vez el Congreso ha valorado, mediante las herramientas que tiene a su alcance, la compatibilidad entre los gastos que genera la iniciativa legislativa y las proyecciones de la política económica trazada por el Gobierno. Así, si el Ejecutivo considera que las cámaras han efectuado un análisis de impacto fiscal erróneo, corresponde al citado Ministerio el deber de concurrir al procedimiento legislativo, en aras de ilustrar al Congreso sobre las consecuencias económicas del proyecto.

-El artículo 7º de la Ley 819/03 no puede interpretarse de modo tal que la falta de concurrencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro del proceso legislativo, afecte la validez constitucional del trámite respectivo.”

En relación con la observancia del requisito establecido en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, recientemente en sentencia C-1197 de 2008 (diciembre 4), M. P. Nilson Pinilla Pinilla, esta Corte señaló:

“Al fijar el significado y alcance de la exigencia en comento, la jurisprudencia no ha pretendido otra cosa que fijar los roles de Gobierno y Congreso en el análisis del impacto fiscal de propuestas sobre gasto público, dejando claro que el papel protagónico corresponde al primero, en cuanto está obligado a ilustrarlo y prevenirlo sobre las implicaciones económicas de la propuesta, sin que el desarrollo de esa labor llegue a representar un veto u obstáculo en la aprobación del proyecto.

9. Así, pues, Gobierno y Congreso están llamados a cumplir con el requisito previsto en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, en la forma expuesta en la jurisprudencia, debiendo el primero actuar sobre la base de la propuesta hecha por las cámaras legislativas. Pero para dar por cumplida la exigencia prevista en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, al Gobierno no le basta informar al Congreso la existencia de dificultades de orden presupuestal, sino que debe sustentar y cuantificar con base en estudios técnicos, en qué consiste la incongruencia que aduce del proyecto de ley con “las perspectivas fiscales que la Nación ha fijado para el próximo cuatrienio”.

10. Si el Congreso no concurre al cumplimiento de esa exigencia explicitando el impacto fiscal de la propuesta de gasto público y la fuente de financiación, en la forma indicada en la mencionada disposición, haciendo caso omiso del dictamen técnico que

realice el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se genera un vicio de procedimiento en el trámite del proyecto de ley que eventualmente puede acarrear su inconstitucionalidad, toda vez que se estaría ante la inobservancia de una norma orgánica, condicionante de la actividad legislativa en los términos señalados en el artículo 151 superior.”

En el caso en revisión, observa esta Corte que en la exposición de motivos del proyecto de ley 094 de 2007 -Senado de la República²⁵, radicado el 18 de octubre de 2006 ante la Secretaría de esa corporación (f. 454 cd. inicial), el Congresista Germán Iván Moreno Rojas, justificó la iniciativa que pretende garantizar el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia, con las siguientes razones de orden financiero:

“Se calcula que en promedio, el costo mensual de un menor que padece Cáncer, está por el orden de \$2.000.000. Si asumimos una incidencia de 1.000 pacientes al año en Colombia, y una duración media de 24 meses por tratamiento, el costo total ascendería a \$4.000 millones al mes y \$48.000 millones al año.

De acuerdo con la respuesta del Ministerio de la Protección Social, la salud desde la Promoción y la Prevención de Enfermedades, hasta el último nivel de atención está cubierta por las Unidades de Pago por Capitación, tanto contributivas como subsidiadas y en lo no cubierto por estas por la Subcuenta de Eventos Catastróficos, ECAT, del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga.

En consecuencia, consideramos que los tratamientos de Cáncer Infantil en Colombia están garantizados y lo que se requiere es adaptar los modelos de atención, aspectos administrativos en cuanto a la oportunidad de las autorizaciones, suministro de medicamentos de calidad, la prestación del servicio y sobre todo, las Unidades de Atención, que deben ser adecuadas de acuerdo a unos requisitos que se contemplan en anexo técnico al proyecto de ley.

Si bien las Unidades de Cáncer Infantil existentes requerirán de adecuaciones e inversiones en infraestructura o dotación, el proyecto de ley contempla una revisión de las tarifas vigentes así como la posibilidad, que con el apoyo de los Consejos Asesores se gestionen recursos de la cooperación nacional e internacional, para motivar la habilitación de Unidades de Cáncer Infantil en Colombia, de acuerdo con las necesidades poblacionales y la regionalización que efectúe el Ministerio de la Protección Social.”²⁶

El proyecto fue repartido a la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República (f. 364), que lo aprobó en primer debate el 13 de mayo de 2007 (f. 243. cd. inicial), con base en la ponencia respectiva²⁷ que reprodujo, en lo esencial, los argumentos consignados en la exposición de motivos, señalando, en lo tocante al financiamiento de la propuesta, que “se calcula que en promedio el costo total de un menor que padece cáncer está por el orden de 80 millones”; la plenaria de esa corporación en sesión del 17 de julio de 2008 (f. 177 cd. inicial) aprobó la iniciativa con las misma justificación.

En la Cámara de Representantes, bajo el número 336 de 2008, el proyecto que se revisa

fue aprobado por la Comisión Séptima en sesión de septiembre 2 de 2008 (fs. 110 y 111 cd. inicial), acogiendo los planteamientos contenidos en la respectiva ponencia²⁸. El proyecto pasó a segundo debate en la plenaria de esa misma célula legislativa²⁹, siendo discutido y aprobado en la sesión correspondiente de noviembre 4 de 2008 (f. 63 cd. inicial).

Dentro del trámite de la iniciativa intervinieron los Ministros de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, quienes en comunicación de septiembre 9 de 2008 (f. 124 cd. inicial), reiterada por el segundo de esos despachos mediante oficio de octubre 20 del mismo año (f. 67 cd. inicial) presentaron las siguientes observaciones sobre el aspecto financiero del proyecto:

“... si bien en principio pudiera pensarse que resulta neutro el efecto financiero de la iniciativa legislativa en esta materia, lo cierto es que a partir de la redacción y alcance de los artículos propuestos, no se puede llegar a dicha conclusión...la iniciativa legislativa no sólo involucra tecnología de punta para el tratamiento de la enfermedad, sino también condiciones de calidad distintas a las que en la actualidad puede financiar el Sistema e incluso el país... se elimina por completo el criterio de la racionalidad y eficiencia en cuanto a que el suministro de servicios no incluidos en el POS debe acompañarse de la falta de capacidad de pago de la población, alternativas de mayor costo efectividad etc. Aspectos que deben considerarse también, pues el derecho a la salud aunque fundamental no es absoluto ni ilimitado, como parece plantearse en este proyecto de ley para esta patología.

.....

Así pues, la ampliación del Plan Obligatorio de Salud -POS de ambos regímenes, que es lo que en últimas genera el proyecto de ley en mención, sin consideración a criterios de existencia de recursos que lo financien, ni costo de efectividad, atención de los riesgos mas relevantes de la población, calidad medida y tecnología disponible en el país, entre otros, afecta el equilibrio del sistema, equilibrio que es precario en el caso del Régimen Contributivo, pues los recursos que recauda la Subcuenta de Compensación apenas cubren el gasto anual corriente representado por la UPC que debe reconocer por cada afiliado, según grupo etáreo, y el gasto que representan los recobros por concepto de tutelas y Comités Técnicos Científicos, que comprometen de manera importante la disponibilidad de los recursos del Fosyga.”

Se aprecia que el Gobierno no sustenta ni cuantifica, con base en estudios técnicos, en qué consiste la incongruencia del proyecto de ley con las perspectivas fiscales que la Nación ha fijado para el próximo cuatrienio; es decir, no hace evaluación del impacto fiscal de la iniciativa, sino que se limita a plantear en abstracto que el proyecto de ley de la referencia altera el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, desconociendo así la obligación que le impone el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, de “rendir concepto” sobre la viabilidad fiscal de la iniciativa; tampoco ofreció a los congresistas apoyo e ilustración técnica sobre las consecuencias económicas del proyecto, omisión gubernamental que, según se acotó anteriormente, no puede convertirse en obstáculo insalvable para el ejercicio autónomo de la función legislativa por parte

del Congreso de la República.

Como lo ha precisado esta Corte³⁰, la actuación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es exigible y está supeditada al cumplimiento del deber establecido en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 de emitir dictamen sobre el impacto fiscal de proyectos de ley sobre gasto público; obligación que, como lo ha precisado la jurisprudencia, mal puede dejarse solamente en cabeza del órgano legislativo, que en el presente caso sí cumplió con su deber de hacer un cálculo del costo fiscal de la iniciativa, tanto en la exposición de motivos como en las ponencias.

No sobra recordar que en anteriores oportunidades donde se analizó este mismo punto, la Corte declaró infundada la objeción del Ejecutivo al encontrar que las cámaras legislativas habían justificado y analizado “expresamente” el impacto fiscal del proyecto y el Gobierno, por su parte, había incumplido con la obligación de conceptuar sobre los efectos económicos de la propuesta, o había intervenido sin aportar un estudio detallado, sustentado y concreto de ese impacto, como acontece en el asunto que se analiza.³¹

Por todo lo dicho, no queda duda para esta Corte que en la aprobación del proyecto de ley en revisión, el Congreso no incurrió en un vicio de inconstitucionalidad por presunto incumplimiento al mandato del artículo 7° de la Ley 819 de 2003, razón por la cual desestimaré la objeción presentada en ese sentido por el Gobierno.

4.4. Objeción al artículo 5° del proyecto

Según el Gobierno, el artículo 5° del proyecto de ley desconoce el derecho a la libre empresa de las IPS de carácter privado (art. 333 Const.), al obligar a todas las pertenecientes a los niveles III o IV a conformar Unidades de Atención de Cáncer Infantil, UACAI, olvidando que por su especialidad podrían estar interesadas en la atención patologías diferentes, decisión que al ser adoptada por el Congreso sin mayor análisis, también vulnera el principio constitucional de eficiencia en la prestación del servicio de salud (art. 49 ib.)

Para las cámaras el reproche carece de sustento, ya que la norma no establece una obligación para todas las IPS sino solamente respecto de aquellas que quieran ofrecer servicios de onco-hematología pediátrica y pertenezcan a los niveles III o IV de complejidad, pues tales instituciones al contar con unidades de cuidados intensivos están en capacidad de garantizar atención adecuada a los menores que padecen cáncer.

La objeción no está llamada a prosperar, por las siguientes razones:

El planteamiento del Ejecutivo desconoce las bases constitucionales de la prestación del servicio de salud por particulares y también la jurisprudencia de esta corporación que reiteradamente ha precisado que el modelo mixto adoptado por el legislador, en el cual concurren el Estado y los particulares, se desenvuelve en un ambiente de libertad económica donde ante todo se busca que “la iniciativa privada se canalice hacia objetivos de interés social y que las ventajas de la libre competencia y la racionalidad en la asignación de los recursos propia de un esquema de libre empresa, se traduzcan en ampliación de la cobertura y mejoramiento en la calidad de los servicios”³².

Para la Corte el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia en materia de salud, “sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social”³³; por ello, ha considerado que la intervención del Estado en ese ámbito es intensa y se desarrolla al amparo de los postulados del

Estado Social de Derecho, las normas superiores que autorizan la intervención del Estado, con la correspondiente limitación de la libertad económica (arts. 150-21, 333 y 334 Const.), y las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones (art. 26 ib.), la intervención del Estado en los servicios públicos (art. 365 ib.) y la atención de la salud en particular (arts. 48, 49 ib.)³⁴.

Según esta corporación, por tratarse de una actividad en la que se manejan dineros del Sistema General de Salud por empresas privadas, “el control estatal preserva la confianza pública, pues permite que estas entidades cuenten con una estructura administrativa, técnica, financiera y profesional que asegure la prestación regular, continua y eficiente del servicio de salud a los afiliados”³⁵.

En lo que atañe al significado del principio de eficiencia en la prestación del servicio de seguridad social en salud, la jurisprudencia ha expresado que dicho concepto, “resulta ser mucho más amplio que las simples eficacias técnica y económica, por cuanto involucra la prestación de un servicio público esencial, como lo es la salud, la cual a su vez es un derecho constitucional y está interrelacionada con otros valores, principios y derechos fundamentales. La prestación del servicio de salud en Colombia no puede ser entendida como un simple ‘mercado de la salud’, regida por las leyes de la oferta y la demanda. La garantía de los derechos económicos, sociales y culturales no depende de criterios de simple utilidad o provecho económico particulares”³⁶.

No obstante, esta Corte ha señalado que si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo por mandato de la ley para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, “esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”³⁷; por tal razón ha considerado³⁸ que tal intervención i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Bajo estas premisas, no encuentra esta Corte irrazonable la determinación contenida en el artículo 5° en estudio, pues persigue que la actividad desarrollada por los particulares que prestan el servicio público de salud, para el caso las IPS, cumpla finalidades de orden superior, tales como la ampliación de la cobertura y mejoramiento en la calidad del servicio de salud (art. 49 Const.); la medida tampoco es desproporcionada, porque, como lo explican las cámaras legislativas, la obligación de contar con Unidades de Atención de Cáncer Infantil, UACAI, no compromete a todas las IPS privadas sino que recae

en las de los niveles III o IV de complejidad, que son las que cuentan con unidades de cuidados intensivos y, por ende, tienen capacidad para prestar los servicios de oncohematología pediátrica a los menores que padecen cáncer, lo cual cumple el cometido constitucional de prestar un mejor servicio de seguridad social a una población vulnerable, los menores de edad (arts. 13, 46, 49 y 365 ib.).

Se trata de una medida de intervención ajustada a la Constitución, toda vez que se lleva a cabo por medio de una ley expedida por el Congreso de la República; no afecta el núcleo esencial de la libertad de empresa de los particulares que son propietarios de IPS, toda vez que como se ha visto, compromete únicamente las que tienen capacidad técnica para ofrecer tratamiento oncológico; se fundamenta en razones de solidaridad respecto de personas consideradas sujetos de especial protección constitucional, los menores de edad, a quienes se les debe asegurar con carácter prevalente, entre otros derechos fundamentales, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (art. 1° y 44 Const.); y, finalmente, atiende el criterio de eficiencia en la prestación del servicio de salud, por cuanto pretende sacar mejor provecho de la plataforma técnica y científica de aquellas IPS sobre las cuales recae la obligación de implementar las Unidades de Atención de Cáncer Infantil, UACAI.

Con base en las anteriores razones, esta Corte declarará infundadas las objeciones por inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley 094/07 Senado - 336/08 Cámara, "Por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia" y, en consecuencia, declarará exequible el referido proyecto.

VIII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Segundo.- INHIBIRSE de adoptar una decisión de fondo respecto de la objeción presidencial fundada en la "desarticulación" del sistema general de seguridad social en salud, en razón de la inexistencia de razones suficientes para efectuar un juicio de constitucionalidad sobre la materia, conforme se expresó en los fundamentos 4.2. y 4.2.1. de esta providencia.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

JUAN
VICTORIA
CORREA

CARLOS

HENAO PÉREZ

MARÍA

CALLE

Magistrado

Magistrada

- 12 C-319 de 2006 (abril 25), M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- 13 C-510 de 2008 (mayo 21), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- 14 C-865 de 2001 (agosto 15), M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- 15 Cfr. C-650 de 2003, C-482 de 2002 y C-256 de 1997.
- 16 “En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”
- 17 C-1489 del 2000 (noviembre 2), M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- 18 C-033 de 1999 (enero 27), M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-1041 de 2007 (diciembre 4), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. .
- 19 C-463 de 2008 (mayo 14), M. P. Jaime Araújo Rentería.
- 20 C-623 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- 21 C-671 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- 22 C-671 de 2002.
- 23 C-662-09 (septiembre 22), M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- 24 Cfr. C-947 de 1999 (diciembre 1º), M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-911 de 2007 (octubre 31), M. P. Jaime Araujo Rentería.
- 25 Publicada en la Gaceta del Congreso N° 406 de agosto 27 de octubre de 2007.
- 26 Gaceta del Congreso N° 406 de agosto 27 de octubre de 2007.
- 27 Gaceta de Congreso N° 631 de diciembre 5 de 2007.
- 28 Gaceta del Congreso N° 256 del 7 de junio de 2007, página 10
- 29 Gaceta del Congreso N° 706 de octubre 10 de 2008.
- 30 C-1197 de 2008 (diciembre 4), M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- 31 C-315 de 2008 (abril 9), M. P. Jaime Córdoba Triviño y C-1141 de 2008 (noviembre 19), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- 32 C-974 de 2002 (noviembre 13), M. P. Rodrigo Escobar Gil
- 33 C-616 de 2001 (junio 13), M. P. Rodrigo Escobar Gil
- 34 lb.
- 35 lb.

36 C-1041 de 2007 (diciembre 4), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

37 Ib.

38 C-615 de 2002 (agosto 8), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.