



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXV - N° 272

Bogotá, D. C., lunes, 16 de mayo de 2016

EDICIÓN DE 24 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 150 DE 2016 SENADO

por la cual se modifica la Afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 6 de mayo de 2016

Doctor

Antonio José Correa Jiménez

Presidente Comisión Séptima

Senado de la República

Ciudad

Ref.: Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 150 de 2016, Senado *por la cual se modifica la Afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.*

Señor Presidente:

De acuerdo a lo dispuesto por la Ley 5ª de 1992 y dando cumplimiento a la designación hecha por la Mesa Directiva como ponente de esta iniciativa, nos permitimos rendir informe de ponencia para primer debate al “Proyecto de ley 150 de 2016 por la cual se modifica la Afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”, en los siguientes términos.

1. Antecedentes.

Este Proyecto de ley fue presentado por el Senador Sennén Niño Avendaño el pasado 16 de marzo ante la Secretaría General del Senado de la República. Posteriormente, el 13 de abril de 2016 el Secretario de la Comisión Séptima me designó como ponente único de la iniciativa.

2. Objeto del proyecto.

La iniciativa busca la reivindicación del régimen especial de seguridad social al que tienen derecho los docentes. La reglamentación actual impide que una parte importante de los maestros vinculados a las entidades territoriales pueda afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual constituye un trato discriminatorio.

3. Contenido del proyecto de ley.

El proyecto consta de tres artículos. El primero amplía el plazo para la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El segundo establece que todos los docentes del sector oficial estarán afiliados al Fondo del Magisterio y serán cobijados por el régimen prestacional especial. El tercero es el de vigencias y derogatorias.

4. Justificación

El Decreto 3752 de 2003, *por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones*, establece en su artículo 1º que el plazo máximo para afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio era el 31 de octubre de 2014. En el parágrafo 1º del mismo artículo se indica que “*La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar*”.

Estas disposiciones implican en la práctica que los docentes oficiales que se vincularon luego de octubre de 2014 o los que hasta esa fecha no se habían afiliado al Fondo de prestaciones del Magisterio, no tienen la posibilidad de acceder al régimen prestacional especial a que tienen derecho los maestros y son afiliados por la entidad territorial correspondiente al régimen ordinario de seguridad social. Esto representa una situación desigual respecto a los demás docentes.

El Proyecto 150 de 2014 propone entonces modificar el plazo de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio hasta el 1º de diciembre de 2017 y establece que todos los docentes oficiales estarán afiliados al Fondo y tendrán acceso al régimen especial de seguridad social contemplado en la Ley 91 de 1989. De esta forma, se equipara a los maestros

vinculados recientemente en la posibilidad de acceder al régimen prestacional diferencial.

5. Marco legal y Jurisprudencial

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Esta fue reglamentada por el Decreto 3752 de 2003. Posteriormente la Ley 100 de 1993 considera a los afiliados al Magisterio como una excepción al sistema integral de seguridad social, declarada exequible por la Sentencia C-461 de 1995.

6. Consideraciones generales

La imposibilidad de acceder al sistema especial de seguridad social representa una pérdida de bienestar y una situación de desigualdad para los docentes oficiales vinculados luego de 2014, que este proyecto busca corregir. Los afiliados al Fondo del Magisterio no deben hacer copagos por ningún servicio, ni tampoco sus beneficiarios; reciben tratamientos para todo tipo de patologías, para ellos y sus beneficiarios; además, no les cubre el requisito de periodos mínimos de cotización para acceder a determinados servicios¹. Este régimen especial se debe a años de lucha y de reivindicaciones de los docentes del sector oficial y a la importancia de su trabajo para la sociedad. Por tanto, debe cobijar también a los nuevos maestros.

7. Proposición

Por las anteriores consideraciones y haciendo uso de las facultades conferidas por el artículo 153 de la Ley 5ª de 1992, me permito rendir Ponencia Positiva y solicitar a la Comisión Séptima del Senado de la República sea aprobado, en los siguientes términos.

TEXTO PROPUESTO PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY PROYECTO DE LEY 150 DE 2016 SENADO

por la cual se modifica la Afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1º. Los docentes del servicio público educativo, que estén vinculados a plantas de personal de los entes territoriales tendrán como plazo para afiliarse

al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 1º de diciembre de 2017.

Artículo 2º. Todos los docentes del sistema educativo del sector oficial activo y pensionado, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en salud y su régimen prestacional será el establecido en la Ley 91 de 1989.

Artículo 3º. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.



COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los doce (12) días del mes de mayo del año dos mil dieciséis (2016), en la presente fecha se autoriza **la publicación en Gaceta del Congreso de la República**, el siguiente Informe de ponencia para primer debate.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5º del artículo 2º de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,



CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 61 DE 2015 SENADO

por la cual se fija el alcance del mandato establecido en el inciso 1º del artículo 35 de la Ley 1ª de enero 10 de 1991.

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Senador

LUIS FERNANDO VELASCO CHAVES

Senado de la República

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Carrera 7ª No. 8-68 Edificio Nuevo del Congreso

Bogotá, D. C.

Asunto: Consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 61 de 2015 Senado, *por la cual se fija el alcance del mandato establecido en el inciso 1º del artículo 35 de la Ley 1ª de enero 10 de 1991*".

Respetado Presidente:

De manera atenta, me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

El proyecto de ley referenciado tiene por objeto fijar el alcance del inciso 1º del artículo 35 de la Ley 1ª de 1991 en el sentido que las pensiones de jubilación y sobrevivientes, reconocidas mediante actos administrativos expedidos por la Empresa Puertos de Colombia, vigentes a la fecha de liquidación, continuarán siendo pagadas por la Nación con los respectivos reajustes.

¹ "El servicio de salud para el Magisterio", Ministerio de Educación Nacional.

Así mismo, consagra que estos pensionados seguirán teniendo derecho a los servicios médico-asistenciales contenidos en los actos administrativos que reconocieron la respectiva pensión. Adicionalmente, establece que la iniciativa, hecha ley, no será oponible a las decisiones administrativas o judiciales que por razones normativas revoquen o modifiquen pensiones de jubilación y/o de sobrevivientes que hubieran sido reconocidas.

Para empezar es necesario indicar que la norma objeto de interpretación establece *“la Nación asumirá el pago de las pensiones de cualquier naturaleza, de las demás prestaciones sociales y de las indemnizaciones y sentencias condenatorias ejecutoriadas o que se ejecutorien a cargo de Puertos de Colombia, así como su deuda interna y externa”*. Dicho artículo lleva por título *“asunción de pasivos de puertos de Colombia, apostales de Puertos de Colombia a las sociedades portuarias regionales”*.

Esa disposición se encuentra inserta en el capítulo VII de la Ley 1ª de 1991, sobre la “Reorganización del Sistema Portuario”. La principal acción de reorganización fue la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia - Colpuertos¹. Es así que el artículo objeto de interpretación hace parte del mandato de liquidación y consagra en cabeza de la Nación el pago de las pensiones anteriormente descritas.

Ahora bien, el artículo 37 de la misma ley otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para crear un Fondo a cargo de la Nación con el fin de atender los pasivos y obligaciones derivadas de la liquidación mencionada y dictar normas especiales sobre contratación, régimen laboral y de presupuesto para la liquidación de Colpuertos, formación de las sociedades portuarias regionales y asegurar la protección del empleo. Con fundamento en esas facultades el Gobierno nacional expidió el Decreto-ley 35 de 1992. En su artículo 12 consagra que los empleados públicos que a la fecha de su publicación tuvieran 20 años o más de servicios, tendrán en consideración de la edad, la pensión de jubilación proporcional correspondiente al tiempo de servicio en una escala de 20 a 23 años de servicios. Mediante sentencia C-013 de 1993, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 12 ibídem y agregó *“sin perjuicio de los derechos adquiridos por los empleados públicos de conformidad con leyes anteriores”*.

Por su parte, tratándose de la facultad que tiene el Congreso de la República de interpretar las leyes, consagrado en el artículo 150-1 de la C.P., la Corte Constitucional ha entendido que el objetivo de la misma es establecer el sentido y alcance de una disposición legal encaminada a corroborar la voluntad expresada en la ley que se busca interpretar el ejercicio de dicha atribución descarta la posibilidad de manifestar una voluntad distinta a la del legislador original, de incluir nuevos mandatos, prohibiciones, reformas o adiciones. En palabras de la Corte, *“... para que una ley pueda calificarse de interpretativa debe limitarse a declarar el sentido de otra precedente, puesto que si contiene nue-*

vas cláusulas no puede endilgársele tal naturaleza”.² **so pena de infringir la competencia constitucional y, por tanto, considerarse inconstitucional.** Adicionalmente, la Corte ha exigido que la interpretación que se haga no puede “despertar incertidumbre entre sus destinatarios y operadores jurídicos, porque un texto, lejos de ser claro y cierto, está afectado de una oscuridad tal que hace difícil su ejecución práctica”.³

De acuerdo con lo anterior, se concluye que el alcance que pretende incorporar el proyecto va más allá de su mandato interpretativo, toda vez que incorpora una voluntad distinta y más allá de la que el legislador inicial plasmó en el artículo 35 de la Ley 1ª de 1991. La iniciativa busca que las pensiones de jubilación y sobreviviente reconocidas directamente por la extinta empresa de puertos de Colombia, con anterioridad a la liquidación de esa empresa, continuarán siendo pagadas por la Nación, siendo más que claro que el inciso objeto de interpretación dice expresamente que la Nación asumirá el pago de las pensiones de cualquier naturaleza. De ninguna manera la norma supedita esa asunción a las pensiones reconocidas mediante actos administrativos expedidos por la empresa extinta. Una incorporación en ese sentido difumina el mandato legal original.

Adicionalmente, cualquier manto de duda sobre dicha disposición quedó despejada por la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C-013 de 1993, al supeditar la exequibilidad del artículo 12 del Decreto-ley 35 de 1992 a que los derechos adquiridos por los empleados públicos que se deben proteger son los que se ajustan a **las leyes anteriores**. La decisión de la alta corporación no lleva a equívocos, pues expresa la fuente de derecho que merece protección sobre las pensiones, *esto es las reconocidas por las leyes anteriores y no una distinta*. En ese orden de ideas, la propuesta de ley incluye nuevos parámetros a la ley interpretada al señalar que las pensiones que debe asumir la Nación son las reconocidas mediante actos administrativos expedidos por la extinta Colpuertos, lo que conduce a una restricción al tenor literal inicial de la ley y, por ende, inconstitucional, pues supera con creces y en una forma abiertamente ilegal lo expuesto sobre el particular por la Corte Constitucional y los mandatos expuestos existentes sobre el reconocimiento de las pensiones.

A la vulneración constitucional referida se suma el hecho de que varios de los acuerdos expedidos por la Junta Directiva de la empresa Puertos de Colombia han sido declarados nulos por el Consejo de Estado, al considerar que dicha Junta carecía de competencia para expedir regulación relacionada con el sistema prestacional de los empleados públicos al servicio de esa empresa. Al respecto, vale la pena recordar que la Corte Suprema de Justicia en su calidad de Tribunal Constitucional de entonces, declaró la inexequibilidad del artículo 38 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968, mediante sentencia de diciembre 13 de 1972, lo que trajo por consecuencia que las juntas o concejos directivos de los establecimientos públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado perdieran la facultad de regular lo relativo a la remuneración y prestaciones sociales del personal de los empleados públicos a su servicio. De acuerdo con esa jurisprudencia, las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas carecen de la atribución de fijar el régimen salarial o prestacional de sus servidores al considerar

¹ **Artículo 33. Liquidación.** Líquidese la empresa Puertos de Colombia, Colpuertos. Su Gerente, o la persona que designe el Presidente de la República en coordinación con su Junta Directiva, actuará como Liquidador. La Liquidación tendrá una duración máxima de tres años, contados a partir de la publicación de la presente ley. Todos los activos que no se vendan o que no se aporten a una sociedad portuaria, pasarán a ser de propiedad de la Nación por obra de esta ley.

² Sentencia C-806 de 2001.

³ Ibídem.

que a la luz del ordenamiento jurídico superior de su momento, facultad que estaba en cabeza del legislador ordinario o extraordinario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 numeral 9 de la Carta Política de 1886 y que actualmente está prevista en el artículo 150 numeral 19 literal e) encabeza del Congreso de la República a través de la expedición de leyes marco y la competencia privativa que sobre el particular tiene el ejecutivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 154 superior. Como consecuencia de la mencionada inexecutable, el Consejo de Estado declaró la ilegalidad de los acuerdos que fundamentaron su existencia en el artículo 38 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968, esto es los Acuerdos 963 de noviembre 10 de 1983 y el artículo 8° del Acuerdo 017 de junio 30 de 1987, declarados nulos en la Sentencia del 29 de julio de 1991, radicación 2141, de la Sección Segunda de esa Corporación, así como el Acuerdo 0015 del 09 de octubre de 1990, declarado nulo en la Sentencia del 26 de abril de 1994, radicación 5442, del mismo tribunal.

Incluso, decisiones más recientes del Consejo de Estado han reiterado la falta de competencia de la mencionada Junta para expedir dichos acuerdos. Baste con traer a ilustración la parte pertinente de la sentencia del 30 de abril de 2009 de la Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente, doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren⁴, que precisa:

“... a partir de la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 1968, el primitivo artículo 187 de la Constitución de 1886 fue subrogado, dejando en manos exclusivamente del Congreso, la facultad de regular el sistema prestacional de los empleados oficiales de cualquier orden...”.

Ahora bien, en la exposición de motivos se indica que “las autoridades administrativas se niegan a asumir las jubilaciones *“de cualquier naturaleza”*, previstas en el artículo 35 de la Ley 1ª de 1991, reconocidas por la Empresa antes de su liquidación, y solo aceptan como válidas las que se ajustan al régimen general de los empleados públicos, sin importar si la desvinculación del empleado es anterior o posterior a la Ley 1ª de 1991. Significa lo anterior, que a la gran masa de pensionados portuarios (15.400 aprox.) se le están revocando sus pensiones o se le está disminuyendo sustancialmente la cuantía...”

Sobre el particular, es importante subrayar que la Empresa Puertos de Colombia detentaba por naturaleza jurídica la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, en la que por regla general las personas vinculadas a dicha empresa tuvieron la categoría de trabajadores oficiales, salvo los que ostentaban cargos que los estatutos hubieran definido que serían empleados públicos. Así las cosas, los servidores públicos de la extinta Colpuertos en su mayoría fueron trabajadores oficiales, vinculados mediante contrato de trabajo y solo una minoría contó con la condición de empleados públicos, según los estatutos de la empresa acorde con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, por lo que se vinculaban mediante acto legal y reglamentario y ocupaban cargos especialmente de dirección. Luego, esto contradice las afirmaciones que sustentan el proyecto en relación con el volumen elevado de revocación y disminución de pensiones, pues bien se ha expresado desde el comienzo de estas con-

sideraciones, que los derechos adquiridos de los empleados públicos que se deben proteger son los que se ajustan a **las leyes anteriores** o que tienen por fuente de derecho dicha jerarquía y, por supuesto, la Constitución Política.

Tampoco debe perderse de vista que los trabajadores oficiales tuvieron por régimen de sus prestaciones sociales las convenciones colectivas de trabajo, las que incluía las prestaciones pensionales, convenciones celebradas entre la empresa y los distintos sindicatos que coexistían. Por su parte, a los empleados públicos les fue creado un régimen pensional mediante acuerdos expedidos por la Junta Directiva, inválidos por carecer de competencia conforme se ha dejado visto. Bajo este orden de ideas, se reitera, que la mayor parte de las pensiones cuyo pago realiza la Nación desde la liquidación de Colpuertos, pertenecen a la población de trabajadores oficiales, cuya fuente jurídica por excelencia de sus derechos pensionales son las convenciones colectivas y los respectivos contratos de trabajo y no los actos administrativos, como sucede con los empleados públicos, categoría ostentada de forma minoritaria por las personas vinculadas a Colpuertos.

De otro lado, en el texto de ponencia se argumenta que el motivo de la iniciativa *“...es fijar el alcance que debe darse al mandato contenido en la Ley 1ª de enero 10 de 1991, artículo 35 inciso 1º en el sentido de garantizar el pago de la Nación a las jubilaciones y la prestación del servicio médico a las personas que tenían dicho estatus al momento de la liquidación de la empresa ...”*, con lo cual se sugiere que la Nación no estaría garantizando el pago del pasivo legalmente asumido por mandato de la referida norma, lo cual no es cierto en manera alguna. De acuerdo con la información reportada por el Consorcio FOPEP, en el mes de noviembre de 2015 la nómina de pensionados de Colpuertos ascendió a 13.500 pensionados, con un costo bruto de **\$40.932.772.150,86**.

De insistirse en esta propuesta, no solo se estaría violando el campo de acción que tiene el Congreso de la República como intérprete de la ley, sino que además, por cuenta de la incompetencia de las Juntas o concejos directivos de los establecimientos públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, se estaría incurriendo en la prohibición del artículo 136 superior, de decretar a favor de personas pensiones que no están destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley, siendo esta la consecuencia lógica de cimentar reconocimientos pensionales en normas declaradas abiertamente inconstitucionales, lo que de paso contradice el acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Carta Política, el cual reza que *“las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas...”*.

Finalmente, respecto de la prestación del servicio de salud a los pensionados de la extinta empresa Puertos de Colombia es preciso indicar que la prestación de dicho servicio fue asignada en principio al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en virtud de lo establecido en artículo 8° del Decreto 1689 de 1997. Fondo que fue adaptado al Sistema de Seguridad Social en Salud⁵ en virtud de lo dispuesto en los artículos 130 y 236 de la Ley 100 de 1993 reglamentados por el Decreto 1890 de 1995 que en su artículo 10 estableció:

⁴ Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente, doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Radicado 68001 23 15 000 2003 02652 01 (2615-07).

⁵ Decreto 0489 del 13 de marzo de 1996.

“Artículo 10. Entidades objeto de adaptación. Las entidades a que se refiere el artículo 1° del presente decreto que vienen amparando a servidores públicos en los riesgos de enfermedad general y maternidad que no se trasformen en Entidades Promotoras de Salud, podrán continuar prestando el servicio de salud a aquellos, servidores que se encontraban vinculados el 23 de diciembre de 1993, y hasta el término de la relación laboral o durante el periodo de jubilación, en la forma como lo vienen haciendo”.

La Corte Constitucional en Sentencia T-510 de 2015, se refirió a dicho fondo de la siguiente manera; *“...el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia es una entidad adaptada para seguir prestando el servicio de salud que, de conformidad con su régimen especial, posee su propio ordenamiento de suministros médicos, este está contenido en el Anexo número 4 en que se desglosa el Plan Obligatorio de Salud (POS) y los Planes de Atención Convencionales (PAC) dispuesto para los pensionados y beneficiarios de los programas de Puertos de Colombia y Ferrocarriles Nacionales...”* (Subrayas fuera del texto original).

Por lo anterior, resulta claro que la prestación de servicios de salud a los pensionados de la extinta Puertos de Colombia actualmente se continua prestando en los términos en que fue reconocida y dando cumplimiento a los acuerdos convencionales que existieron en su momento, mediante el Fondo de Pasivo Pensional de Ferrocarriles Nacionales, el cual cumplió con las exigencias legalmente requeridas para continuar brindando la prestación de este servicio.

No obstante, en virtud de lo establecido en el Decreto 806 de 1998 artículos 45 y 54 en materia de derecho a la libre escogencia de entidad promotora de salud EPS, y movilidad dentro del sistema de salud, actualmente este grupo de pensionados puede en iguales condiciones que cualquier ciudadano elegir libremente la EPS a la cual desea afiliarse para que le sean prestados los servicios de salud, sin embargo, se debe aclarar que las entidades promotoras de salud solo están obligadas a brindar los servicios y prestaciones que se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios y no en los acuerdos convencionales que existían en cada uno de los puertos de la extinta Puertos de Colombia.

Al respecto, se debe tener en cuenta que la prestación de servicios y tecnologías incluidos actualmente en el Plan de Beneficios, del SGSSS, para atender las facetas de Promoción, prevención, paliación, atención de las enfermedades y rehabilitación de las secuelas de la población colombiana, corresponde a una labor cuyo resultado es consecuencia de las competencias ejercidas por el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), especialmente otorgadas en el Decreto 2562 de 2012 que establece dentro de sus funciones la de definir y actualizar el POS y definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) de cada régimen.

La competencia otorgada al MSPS tiene fundamento en el modelo de seguridad social. Desde la expedición de la Ley 100 de 1993 ha sido preocupación, del legislador las entidades que participan e interactúan al interior del SGSSS, especialmente en el proceso de inclusión de servicios y tecnologías en salud dentro del POS y su financiación, conforme a la cláusula constitucional que consagra que la seguridad social se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Desde un comienzo quedó establecida esta competencia en cabeza del MSPS, la Superintendencia Nacional de Salud y el otrora Consejo Nacional de Seguridad

Social en Salud⁶. Entidad esta última que fuera la encargada de definir la UPC hasta la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007 que creó la Comisión de Regulación en Salud, entidad que en su remplazo ejerció dicha función, así como la definición y modificación de los Planes Obligatorios de Salud hasta el año 2012, fecha en que se ordenó su supresión y se ordenó el traslado de estas funciones al MSPS.

Lo anterior, obedece en primer lugar al criterio de especialidad que ha demarcado el terreno de la competencia asignada al MSPS como el órgano rector del sector salud encargado de formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, y participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales. Y en segundo lugar, al carácter técnico de la materia, que complementa el primer criterio, siendo fundamental en el proceso de ejecución de esas políticas pero especialmente garantista del acceso al derecho a la salud, facultando al MSPS para definir los servicios y tecnologías incluidos en el Plan de Beneficios y la UPC.

Sin perjuicio de la competencia del Congreso de la República de hacer las leyes, esta Cartera no comparte la inclusión de servicios y tecnologías en salud mediante leyes, tal como se pretende hacer mediante el proyecto de ley del asunto, con el agravante que los servicios medico asistenciales descritos en el inciso segundo del artículo 1° del proyecto de ley tienen origen en convenciones colectivas de una empresa ya liquidada y que son diferentes para cada uno de los puertos en donde la misma tenía operación; situación que disiente de la filosofía que inspira al SGSSS la cual exige que la ejecución de la labor de inclusión requiera especialidad y un estudio técnico de la cobertura en razón a los criterios mencionados y los componentes que se encuentran en juego como la sostenibilidad del sistema articulado bajo un esquema de prestación que comprende la participación de los particulares y la solidaridad en su financiación. La labor legislativa no puede ser ajena ni reticente al modelo de seguridad social, debe preservar la coherencia del sistema y fundar respeto por las instituciones que han sido creadas precisamente para hacer efectiva la prestación del servicio de la seguridad social.

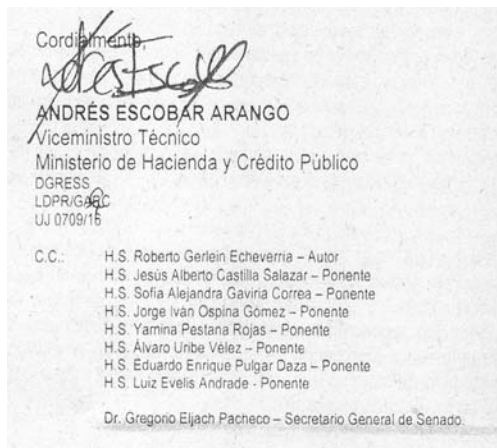
En definitiva, debe concluirse que la inclusión de servicios y tecnologías en los planes obligatorios de salud mediante leyes, por fuera de la competencia otorgada al MSPS, es contrario al ordenamiento jurídico superior. Dicho proceder no responde a criterios técnicos ni consulta los factores que rigen la definición de la UPC. Quiebra los principios que cimientan el SGSSS y pone en riesgo su sostenibilidad financiera y la viabilidad del mismo en perjuicio de la garantía del derecho fundamental de salud. Máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso los servicios que se pretenden incluir mediante el proyecto de ley tienen origen no en los actos de reconocimiento pensional como se indica en el proyecto, sino en convenciones colectivas de una empresa ya extinta como es el caso de Puertos de Colombia, los cuales admiten protección exclusivamente en el marco de lo señalado por la Corte Constitucional esto es “Sin perjuicio de los derechos adquiridos por los empleados públicos de conformidad con leyes anteriores⁷.”

⁶ At. 155 Ley 100 de 1993.

⁷ Sentencia C-013 de 1993 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Adicionalmente, de permitirse el acceso a servicios adicionales al POS por encima de los derechos adquiridos por estos pensionados vulnera el principio de igualdad al permitir un trato, diferenciado frente al resto de los pensionados que no tiene justificación constitucional alguna y que contradice los principios sobre los cuales se fundamenta el SGSSS.

Por las razones antes expuestas, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable al proyecto de ley en estudio y, en consecuencia, de manera respetuosa, solicita considerar la posibilidad de su archivo, no sin antes manifestarle muy atentamente la voluntad de colaborar con la actividad legislativa.



* * *

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 24 DE 2015 SENADO

por medio de la cual se crea el nuevo Código de Ética Médica.

Bogotá, D. C.

Doctor

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Comisión Séptima Constitucional

Senado de la República

Carrera 7ª No. 8-68

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el Proyecto ley 24 de 2015 (S), *por medio de la cual se crea el nuevo Código de ética Médica.*

Señor Secretario

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está de surtir primer debate en esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 755 de 2015.

Al respecto, este Ministerio en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2º del artículo 208 de la Constitución Política y el 59 de la Ley 489 de 1998, sin perjuicio de los comentarios que estimen pertinente para las cuales este tema resulte sensible, formula las siguientes observaciones:

1. Consideraciones Históricas

En cuanto hace a la profesionalización, a partir de la complejización de las sociedades y culturas, se fue produciendo un proceso de especialización en los niveles y grados de conocimiento en toda una serie de ramas y artes. Este itinerario, que es visible y evidente actualmente a través de la acreditación de las profesiones u oficios, no es un patrimonio de occidente ni obedece únicamente a los avances en el conocimiento ocurridos en la antigua Grecia. En realidad, cuando una persona en una sociedad es identificada especialmente para realizar una actividad específica, asociada a su talento y formación y no únicamente a aspectos ligados a la división sexual del trabajo, puede afirmarse que se está en presencia de un oficio o profesión. Se producen unas reglas en su formación y ejercicio, un reconocimiento social (bien sea por la indumentaria o por la forma de denominarlo y reconocerlo), una práctica que viene acompañada con una recaudo de experiencias y una formulación de prospección. Incluso, la sociedad mínima controla la eficacia de la función por su utilidad y beneficios que presta a la misma.

Desde esta perspectiva, no es necesario desligar este conocimiento de las cosmovisiones y relatos fundacionales ni de su relación con los dioses o fuerzas creadores para considerar que se desarrolla conocimiento y ciencia. Tampoco se estima del caso resaltar una complejidad actual y una evolución lineal hacia una mayor densidad en el conocimiento, desde una visión occidental. En Babilonia se desarrolló la ciencia de interpretación de los sueños, como un aspecto trascendental para el devenir político y social. Los Mayas depuran al máximo el conocimiento de los ciclos del universo y su calendario es el más exacto de los que se han concebido a lo largo de la historia de la humanidad.

Ahora bien, la medicina, como una de las profesiones emblemáticas de la humanidad y guiada por el imaginario hipocrático de cura, no puede tampoco considerarse como un relato reciente. Foucault destaca, en "El Nacimiento de la Clínica", que el cambio suscitado hacia una visión "moderna" de la sanación tiene que ver con la mirada¹ pero no con la pretensión de negar y reconocer la existencia de una persona con unas capacidades de alivio a un padecimiento de prevención para evitar un mal o daño. En efecto, los sacerdotes o chamanes cumplan y han cumplido dicha labor desde la antigüedad en la medida en que, además tenían estrecha comunicación con los dioses².

Las diferentes civilizaciones incorporaron a su que-hacer social ese especialista en la cura o la prevención e inclusive tendieron a separar el ejercicio de la profesión de cura y atención de la religión. De la medicina china, por ejemplo, se afirma que

En el año 1.000 a. C, ya existía en China un cuerpo de doctores que seguía unos métodos para el tratamiento de las enfermedades. En el siglo V a. C., se escribió el Canon de Medicina interna en el que se describían numerosas enfermedades, su diagnóstico y desarrollo fue rápido, apareciendo numerosos médicos famosos de esa época que todavía se conservan hoy en día [...]

¹ Michel Foucault, *El Nacimiento de la Clínica*, Siglo XXI editores, México, 2007, pág. VII

² En Defensoría del Pueblo, *Autonomía Médica y su relación con la prestación de servicios de salud*, Bogotá, 2007, pág. 31

[...] Durante las dinastías, Sui (581-618 d. C.) y Tang (618-907 d.C.) China se reunifica y es un periodo de apogeo de la Medicina Tradicional China. En el año 624 d. C., fue supervisaba los estudios de medicina y se organizaba la investigación. De esta época hay descripciones muy precisas de nombres de enfermedades como; lepra, viruela, sarampión, sarna, disentería, cólera, enfermedades carenciales (beriberi, raquitismo), enfermedades venéreas tuberculosis, adenopatía cervical, diabetes y tumores.

La terapéutica quirúrgica ya conocía la cirugía de cataratas; se practicaba el tratamiento ortopédico de las fracturas; se trataba la caries por obstrucción y uso de amalgama mercurial [...]³, (Énfasis fuera del texto).

En el antiguo Egipto, se llegó a afirmar que cada hombre es un médico y se habló, igualmente, de normas de aprendizaje y práctica médica:

[...] Según parece, las normas de aprendizaje y de la práctica médica eran promulgadas por el médico del faraón, que se hallaba en la cúspide de la jerarquía médica: por debajo de él se encontraban los médicos de palacio, de los cuales uno debía hacer el papel de supervisor.

Los demás eran inspectores médicos y constituían un grupo menos importante. En un escalón inferior se situaban la inmensa mayoría de los médicos prácticos.

La formación de los médicos, se realizaba en las casas de la vida. Se reclutaban jóvenes estudiantes después de un periodo de observación, y también se enseñaba a los médicos griegos que llegaban para completar su conocimiento en Egipto, que tenía fama de contar con los mejores médicos. Este complemento de la formación podía durar diez años. El sistema educativo no es conocido, pero parece descansar en la pareja maestro-aprendiz [...]⁴.

Por su parte, en la India Antigua ya se constata la existencia de escritos sobre medicina que incluso ejerció una positiva influencia sobre el colonizador de entonces:

[...] Había varios tratados de medicina, pero dos son los más importantes: *el Charaka Samjitá y el Susruta Samjitá*. El afán clasificatorio y descriptivo de los antiguos hindúes es extraordinario: todo lo clasificaban y sub clasificaban; lo describían y detallaban. Los tratados de medicina no son la excepción: allí se habla hasta de los tipos de alcoholismo. Éstos y otros tratados describen la práctica de la cesárea, la cirugía plástica, la operación de cataratas, etcétera. Es ya conocido que fueron los cirujanos ingleses de la Compañía de Indias Orientales quienes tomaron lecciones de rinoplastia de sus colegas hindúes. Pero uno de los aspectos más asombrosos es el empleo tanto de suturas externas (con fibras e hilos de distinta especie) como internas [...]⁵.

Entre los Incas existe registro de médicos especializados y de prácticas como la trepanación del cráneo:

³ Ariel E. Reyes G., Evolución Histórica de la Medicina Tradicional China. Comunidad y Salud [revista en Internet]. 2008 Dic. [citado 2013 jul. 31]; 6 (2): 42-49. Disponible en: http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1690-32932008000200005&Ing=es [Consulta realizada el 16 de marzo de 2016]

⁴ En: <http://www.sid.cu/galerías/pdf/sitios/histologia/egiptomedicinaprimeraparte.pdf> [Consulta realizada el 16 de marzo de 2016].

⁵ Juan Antonio Rosado. La medicina en la antigua India. En: <http://www.revistadeluniversidad.unam.mx/09/4/pdfs/101-103.pdf> [Consulta realizada el 16 de marzo de 2016].

[...] Existían médicos como el Hampa-camayoc especialistas en plantas, el sancoyoc curanderos que creían poseer poderes mágicos el sirkak era el cirujano especialista en fracturas heridas, el macsa curaba por medios sacrificios, el sayac mediante granos de maíz.

Algunas enfermedades la trataban con danzas rituales y ceremoniales ejecutadas ante sus ídolos durante las fiestas que le dedicaban. En las danzas participaban muchas mujeres, y también los hombres, niños y viejos. La gente bailaba por horas y horas en busca de salud.

Entre otras enfermedades existentes los incas incluían la epilepsia, la sífilis, neumonía, catarro, anginas, alopecia, asma, bocio, conmoción cerebral, escalofríos, cáncer, cataratas, caspa de cabello, congestión alcohólica, coqueluche, ceguera, cilicaos, convulsiones, contusiones, desmayos, dolores de huesos, flujos de vientre, delirio, demencia, difteria, debilidad, disentería, excoriación, escaldaduras, tos, erisipela, espasmo, escorbuto, fiebres, forúnculos, flujos vaginales, fracturas de hueso, gonorreas, hidropesía, hinchazones, hemorragia, herpes, ictericia, infarto ganglionar, lumbago, laringitis, lepra, locura, náuseas, orzuelos, oftalmía, pus, abscesos, parálisis, heridas purulentas, resfriados, retorcciones, reumatismo, ronquera, raquitismo, sarpullidos, sordera, sarna, tartamudez, afasia completa, idiotismo, uta, verruga tiña, tisis, tumores, acidez estomacal, mal de altura, mal de pinto, pían, para todas enfermedades existen su respectivo vocabulario Quechua. En el momento de su revisión controlaban una población estimada de 12 millones de habitantes este grupo incas dirigente de imperio no copiaron sino aprovecharon, mejoraron, y potenciaron todo lo aprendido.

[...]⁶.

Respecto de los aztecas, también se relata la presencia de conocimientos y prácticas médicas asociadas a los dioses y a la magia pero diferenciable también de esta, a saber:

[...] La magia, sobre todo estaba muy presente en los métodos curativos de los médicos aztecas porque la enfermedad solía atribuirse al hechizo de algún brujo inicuo y hacía falta, por tanto, una acción mágica para contrarrestarla. La religión también influía, porque los aztecas creían que algunas divinidades enviaban enfermedades y que otros dioses las curaban. Pero la terapéutica azteca también estaba basada en conocimientos empíricos como la importancia de la higiene, de los baños de vapor, de la desinfección y de las sangrías, y sobre las propiedades de los minerales y de las plantas, conocimientos que se adquirieron según un proceso no muy distinto del que hubiera empleado la ciencia actual.

El médico azteca, como bien explica Soustelle¹, era, ante todo, un brujo bueno admitido y apreciado misma sociedad que reprobaba al hechicero experto en maldiciones, al mago negro² Entre los causaban enfermedades destacan especialmente los que consistían en la introducción extraño, lo que explica la existencia de curanderos con funciones tan extrañas como la de extraer piedras cuerpo o gusanos de entre los dientes y de los ojos [...]⁷.

⁶ En: <http://www.onirogenia.com/enteogenos/medicina-inca/> [Consulta realizada el 16 de marzo de 2016]

⁷ Manuel Pijoan, Medicina y etnobotánica aztecas. En: <http://www.elsevier.es/ct-revista-offarm-4-articulo-medicina-etnobotanica-aztecas-13053128> [Consulta realizada el 18 de marzo de 2016].

De otro lado, entre los árabes también existían estudios antiguos desarrollados por conocedores de la salud como el que se conoce como el primer médico, Al-Hiññ b. Kalada, de quien se comenta:

[...] Sirvió como médico a Cosroes I, el Grande (rey de Persia de 531-579), con quien mantenía largas conversaciones que más tarde, redactó y publicó en una obra, cuyo título desconocemos. En este libro, trató de cuestiones de higiene, cuya base era, según él, la moderación en el comer y de algunas generalidades sobre los elementos y los humores que componen el organismo.

Él prohibía el uso del baño después de las comidas, el coito en estado de embriaguez, recomendaba arrojarse bien por las noches, tomar agua con preferencia a cualquier otra bebida y no usar jamás vino puro, sino rebajado con agua. También recomendaba el consumo de carnes saladas y secas, considerando como un mal alimento las que pertenecían a animales jóvenes; y que las frutas se comieran al comienzo de su estación y en su propia época.

En cuanto al uso de los medicamentos, le decía a Cosroes: “Mientras tengas salud, déjalos de lado, pero si una enfermedad te sobreviene, deténla por todos los medios convenientes antes de que arraiguen. Él da también los medios para combatir cada uno de los humores en particular [...]”⁸

En el plano nacional, los muisecas:

[...] Vivían del maíz, del que obtenían el pan y el vino, a decir de los cronistas, de la papa y los tubérculos andinos, del comercio de la sal, de las mantas de algodón, que pintaban a pincel y de las verdes y sagradas esmeraldas. Hacían sonar los caracoles marinos como trompetas. Criaban curtes, fumaban tabaco, mameaban coca, comían ají, usaban plantas medicinales, conocían la trepanación y la momificación; no usaban arco ni flecha, usaban mochila, contaban de 20 en 20, reverenciaban a las arañas, hacían sacrificios de prisioneros o de niños esclavos vírgenes, los Moxas, que compraban en los Llanos, trataban con gran consideración, engordaban y luego sacrificaban, mientras no hubieran perdido la virginidad. Sacrificaban también loros y papagayos, aves que enseñaban a hablar para luego inmolar, porque consideraban que por él había, algo tendrían de humanas [...]

[...] **No tuvieron parteras, ni tos jeques que ejercían la medicina, se metían en los asuntos del parto.** (Simón. p. 399) Cuando la mujer muisca sentía las primeras contracciones, se iba a tener su hijo cerca de un arroyo, río o laguna, de las que estaban rodeados. El parto se realiza en cuclillas, solo en caso de alguna complicación se llama otra mujer en ayuda. Después del alumbramiento se lavan madre e hijo con agua fría y vuelven a la casa para continuar con el trabajo, como si nada hubiera sucedido [...]⁹. [Énfasis fuera del texto]

Tras esto, no puede pasarse por alto las concepciones de salud y enfermedad tanto en la antigua Grecia como en Roma. Acerca de la primera, considerada como la fuente de la civilización de occidente, se ancla

el lenguaje ético que durante un buen tiempo ha gobernado la profesión:

[...] Hipócrates confirió a la medicina una alta dignidad, elevándola a sacerdocio con un juramento que comprometía a los adeptos no sólo a ejercer según ciencia y conciencia, sino también a atenerse a un rígido decoro externo, a lavarse mucho y a guardar una actitud mesurada que inspirase confianza en el paciente. Por primera vez, con él, los médicos se organizaron corporativamente, se volvieron estables, fundaron iatreia, es decir, gabinetes de consulta, y celebraron congresos donde cada uno aportaba la contribución de sus propias experiencias y descubrimientos [...]”¹⁰

Adicionalmente, buena parte de la salud en la antigua Grecia se desarrollaba en los gimnasios:

[...] Los instructores de los gimnasios o pedótribos eran con frecuencia higienistas y proporcionaban a los atletas y a los miembros de la clase ociosa la oportunidad de someterse, debida mente dirigidos, a regímenes de salud, Sabían también reducir fracturas, distensiones y luxaciones. En su ocupación de cuidar y reestablecer la salud de sus dientes, estudiaron los masajes, las dietas y los sistemas graduados de ejercicios.

El público tenía también a su disposición libros de medicina y podía procurarse drogas en casa de farmacópulo o farmacéutico, que se proveía, a su vez, del rizótomo o “cortador de raíces”; la cosecha de plantas medicinales era considerada como parte esencial del arte de curar. Con frecuencia los médicos dirigían oficinas donde se preparaban medicamentos bajo su dirección [...]”¹¹

Estos adelantos que dejan de lado otros igualmente interesantes, revelan la existencia de conocimientos en todo el mundo acerca de la medicina, una filosofía en torno a la salud y la enfermedad y la condición saludable como una preocupación que no sólo se dirige a los gobernantes sino que se ocupa, también, de la población en general. Así mismo, explica la existencia de cuerpos de personas dedicadas al perfeccionamiento de ese conocimiento y a la atención de las personas.

En lo que se refiere al Imperio Romano, cabe resaltar la obra clásica de Margaret Yourcenar: *Memorias de Adriano*, en la cual se alude, en el primer capítulo, cómo Adriano narra su enfermedad y tratamientos y en alguna medida las consideraciones sobre salud y enfermedad:

[...] He ido esta mañana a ver a mi médico Hermógenes, que acaba de regresar a la Villa después de un largo viaje por Asia. El examen debía hacerse en ayunas; habíamos convenido encontramos en las primeras horas del día. Me tendí sobre un lecho luego de despojarme del manto y la túnica. Te evito detalles que te resultarían tan desagradables como a mí mismo, y la descripción del cuerpo de un hombre que envejece y se prepara a morir de una hidropesía del corazón. Digamos solamente que tosi, respiré y contuve el aliento conforme a las indicaciones de Hermógenes, alarmado a pesar suyo por el rápido progreso de la enfermedad, y pronto a descargar el peso de la culpa en el joven lollas, que me atendió durante su ausencia. Es difícil seguir siendo emperador ante un médico, y también es

⁸ Eloísa Llaveró Ruiz, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Disponible en: <http://www.gobiernodecanarias.org/educacion/5DGOIE/PublicaCE/docsup/05LAMEDICINA.pdf> [Consulta realizada el 18 de marzo de 2016]

⁹ Abel Fernando Martínez Martín, entre risas y llantos una mirada a las costumbres muisecas a través de los cronistas. En http://www.colombiaaprende.edu.co/html/docentes/1596articles-346047_recurso_5.pdf. pág. 209. [Consulta realizada el 18 de marzo de 2016].

¹⁰ NOTA HISTÓRICA. Rev. otorrinolaringol cir cabuello.2002; 62:207-210. En [http://www.sochior.cl/uploads/18\(2\).pdf](http://www.sochior.cl/uploads/18(2).pdf). pág. 209. [Consulta realizada el 18 de marzo de 2016]

¹¹ *Ibid.*, págs. 209-210.

difícil guardar la calidad de hombre. El ojo de Hermógenes solo veía en mí un saco de humores, una triste amalgama de linfa y de sangre. Esta mañana pensé por primera vez que mi cuerpo, ese compañero fiel, ese amigo más seguro y mejor conocido que mi alma, no es más que un monstruo solapado que acabará por devorar a su amo. Haya paz... Amo mi cuerpo; me ha servido bien, y de todos modos no le escatimo los cuidados necesarios. Pero ya no cuento, como Hermógenes finge contar, con las virtudes maravillosas de las plantas y el dosaje exacto de las sales minerales que ha ido a buscar a Oriente. Este hombre, tan sutil sin embargo, abundó en vagas fórmulas de aliento demasiado triviales para engañar a nadie. Sabe muy bien cuánto detesto esta clase de impostura, pero no en vano ha ejercido la medicina durante más de treinta años. Perdono a este buen servidor su esfuerzo por disimularme la muerte. Hermógenes es sabio, y tiene también la sabiduría de la prudencia; su probidad excede con mucho a la de un vulgar médico de palacio. Tendré la suerte de ser el mejor atendido de los enfermos. Pero nada puede exceder de los límites prescritos; mis piernas hinchadas ya no me sostienen durante las largas ceremonias romanas; me sofoco; y tengo sesenta años [...] ¹²

En este caso, se denota la práctica médica frente a un emperador y la reflexión de este: último sobre su condición, lo que permite entrever muchos de los matices del médico y su función en la sociedad. La medicina romana incorporaba a la organización de la medicina “[...] 1) los hospitales militares, 2) el saneamiento ambiental y 3) la legislación de la práctica y de la enseñanza médica [...]” ¹³ e incluso se instauró el servicio público médico. Es en Roma de donde se origina el término asociado a *medire, curar*.

Sin pretender que el conocimiento sea lineal ni privativo de una cultura, los cambios en las organizaciones sociales y económicas irrumpieron en el ejercicio de las profesiones. Generaron, a su vez, respuestas del Estado regulando su ejercicio. Indudablemente, paso a paso, la medicina fue adquiriendo un carácter principal y protagónico en la sociedad y en tal virtud se incorporó a los temas susceptibles control por parte del mismo tanto como desarrollos propios a nivel gremial de cómo se ejerce su actividad. De otro lado, se impulsó el conocimiento e investigación en esa área y, en correspondencia con lo anterior, garantizó su ejercicio. A esto ayudaron especialmente, los estudios en lo que se denominó desde ese momento como universidades y la agremiación en colegios y otras organizaciones.

Esto genera la tensión esencial entre el desarrollo libre de la profesión y la regulación del Estado, en salvaguarda del interés general. Es más, el profesional de la salud está inmerso en un contexto social y librado a diferentes poderes y circunstancias que tiende a fragilizarlo.

2. Marco Constitucional

La incorporación a nivel constitucional de temas asociados con el ejercicio profesional, incluso con una referencia específica a la medicina, es realmente antiguo y está estrechamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad y con la libertad de ejercer una profesión u oficio.

Desde la Constitución de 1811 (Título XIV, artículo 2°) se indicó:

La ley supervigilará particularmente aquellas profesiones que interesan a las costumbres públicas, a la seguridad y sanidad de los ciudadanos.

La Constitución de 1832 se inspiró en la libertad de trabajo, industria y comercio, sustrayéndolo ya de las limitaciones de los gremios y corporaciones:

Artículo 195. Ningún género de trabajo, industria y comercio, que no se oponga a las buenas costumbres, es prohibido a los granadinos, y todos podrán ejercer el que quieran, excepto aquellos que son necesarios para la subsistencia del Estado: no podrán por consiguiente establecerse gremios y corporaciones de profesiones, artes u oficios que obstruyan la libertad del ingenio, de la enseñanza y de la industria.

La Constitución de 1863, en su afán libertario, estableció, dentro de los derechos individuales el siguiente:

Artículo 15. Es base esencial e invariable de la Unión entre los Estados, el reconocimiento y la garantía por parte del Gobierno general y de los Gobiernos de todos y cada uno de los Estados, de los derechos individuales que pertenecen a los habitantes y transeúntes en los Estados Unidos de Colombia, a saber [...]

[...] 9. La libertad de ejercer toda industria y de trabajar sin usurpar la industria de otro, cuya propiedad hayan garantizado temporalmente las leyes a los autores de inventos útiles, ni las que se reserven la Unión o los Estados como arbitrios rentísticos; y sin embarazar las vías de comunicación, ni atacar la seguridad ni la salubridad [...]

Por su parte, y producto de un ideario de control, el texto original de la Constitución de 1886 preveía:

Artículo 44. Toda persona podrá abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a gremio de maestros o doctores.

Las autoridades inspeccionarán las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas.

La ley podrá exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares. [Énfasis fuera del texto].

Este ordenamiento resaltaba tres puntos especiales en el ejercicio profesional. Uno concerniente al desempeño de la profesión de manera independiente (es decir no necesariamente asociado a un colegio), aspecto proveniente de la Constitución de 1832, otro tenía que ver con el papel del Estado en su labor de inspección en temas de moralidad, seguridad y salubridad, en la medida que, no podían quedar a un libre albedrío y un tercero, referente a la posibilidad, en cabeza del legislador de exigir títulos de idoneidad. Es curioso que dicha Constitución aludiera directamente al ejercicio de la profesión de médico pero, sin duda, obedece a su importancia desde entonces.

Dicho texto evolucionó, con la reforma de 1936, en el siguiente sentido:

Artículo 39. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad seguridad y salubridad públicas.

¹² Margarite Yourcenar, *Memorias de Adriano*. Salvat, Barcelona 1994, pág. 1.

¹³ En: <http://www.portalplanetasedna.com.ar/medicina02.htm> [Consulta realizada el 16 de marzo de 2016]

La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas.

También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos.

Esta regulación tuvo un enfoque más general pero conservó dos ámbitos esenciales en la reglamentación, a saber, la posibilidad de exigir los títulos de idoneidad y la consecuente inspección desde la perspectiva de la moral, la seguridad y la salubridad públicas. Adicionalmente, la norma introduce la obligación de que la ley reglamente el ejercicio profesional. En la época la titulación constituía uno de los debates principales en la materia, precisamente por la poca formación universitaria existente para una demanda creciente, lo que producía que se habilitara el ejercicio profesional a ciertas personas no tituladas pero con conocimientos en la materia, considerando la cantidad de profesionales existentes en un territorio.

Dentro de las leyes que deben ser tenidas en cuenta se encuentra la Ley 14 de 1962, relativa al ejercicio de medicina y cirugía.

En la Constitución de 1991 se retoma dicha norma en los siguientes términos:

Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de estos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

Bajo esta perspectiva, es dable anotar que existen ciertas diferencias entre los textos analizados. Por una parte, se plantea la distinción en el tratamiento entre profesiones u oficios. Las primeras, estarían dentro de las que se exige la acreditación de idoneidad mientras que, en las segundas, se requeriría cuando impliquen riesgo social. Con lo que se impone una carga al legislador al determinar un elemento cualitativo. Igualmente cabe agregar que el libre ejercicio (léase no autorización o permiso) para algunas artes u oficios no exige formación académica, lo cual conlleva de acuerdo con el artículo constitucional, la no inspección que es propia de las profesiones¹⁴. A este respecto también es oportuno enunciar que aunque la norma no incorpora lo relativo a la reglamentación, esto no significa que tal situación no esté enmarcada dentro de las facultades del legislador.

Independientemente de lo anterior, la Alta Corporación ha afirmado de tiempo atrás, que dicha norma contiene los derechos de elección y de ejercicio¹⁵. En relación con eso la Corte Constitucional ha precisado.

[...] Por ello la propia Constitución otorgó al Estado la obligación de intervenir en el ejercicio de las profesiones a través de dos mecanismos:

a) El control y la vigilancia sobre el ejercicio de las profesiones u oficios con el fin de armonizar los intereses de la sociedad y del particular afectado y de controlar el abuso de los derechos individuales (artículos 1º, 2º, 26 y 95 numeral 1, de la Carta) y,

b) La expedición de títulos de idoneidad para el caso de profesiones que exijan formación académica como instrumento para proteger a la comunidad, pues aquellos oficios que no impliquen riesgo social serán de libre ejercicio (artículos 1º, 2º y 26 de la Constitución). Cabe recordar que la Corte definió los títulos de idoneidad como la “*manera de hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica*”¹⁶.

En hilo de lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que si bien es cierto el legislador tiene una amplia libertad de configuración normativa para la regulación del derecho al ejercicio de la profesión y que este derecho está sometido a un mayor grado de intervención del Estado el legislador no puede imponer requisitos irrazonables o desproporcionados para su ejercicio, que modifiquen su núcleo esencial o constituyan barreras para su desempeño ni puede exigir títulos de idoneidad que no sean absolutamente necesarios para proteger a la sociedad [...] ¹⁷.

En lo concerniente al riesgo social, el máximo tribunal ha destacado que el mismo debe “*ser de tal magnitud que afecte el interés de la colectividad*”¹⁸ y no contingencias individuales. Adicionalmente, debe ser claro e irresistible y susceptible de “*control o de disminución con formación académica específica*”¹⁹. En el caso de los constructores²⁰, arquitectos e ingenieros²¹ así como de corredores de seguros advirtió la existencia de un evidente riesgo social²² que también es visible en la profesión de contaduría²³, en su condición de fedatarios de unos hechos, no así en la actividad de secretariado²⁴, contenida en la Ley 9ª de 1984, pues impone restricciones desproporcionadas e irrazonables que restringen el acceso a tal labor. De esta forma la libertad de escoger profesión no resulta absoluta cuando exista un riesgo social sobre su ejercicio, caso en el cual, el Estado cumple su función de inspección y vigilancia cuando resulten vulnerables los intereses colectivos. De hecho, la Corte Constitucional lo ha ratificado al manifestar:

[...] de conformidad con el artículo 26 constitucional, esta libertad no es total y absoluta; por el contrario, se halla limitada por la posibilidad que tiene la ley de exigir títulos de idoneidad y por la función que tiene el Estado de inspeccionar y vigilar el ejercicio de las pro-

¹⁶ Sentencia C-337 de 1994 Reiterada en la Sentencia C-193 de 2006.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-942 de 16 de diciembre de 2009. M. P. Jorge Pretelt Chaljub

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-942 de 16 de diciembre de 2009, citada.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-942 de 16 de diciembre de 2009, citada.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-193 de 15 de marzo de 2006. M. P. Humberto Sierra Porto

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-340 de 3 de mayo de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-354 de 20 de mayo de 2009, M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-788 de 3 de noviembre de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio. Igualmente, Corte Constitucional, Sentencia C-861 de 3 de septiembre de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-031 de 27 de enero de 1999, citada.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-031 de 27 de enero de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-377 de 25 de agosto de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía. Más actual, Corte Constitucional, Sentencia C-942 de 16 de diciembre de 2009, M. P. Jorge Pretelt Chaljub.

fesiones más aún, de las que implican un riesgo social, lo cual habilita al Estado para dictar normas de carácter ético, con la finalidad de proteger y salvaguardar los intereses colectivos [...]”²⁵.

Ahora bien, como rasgos que inciden en la regulación de las profesiones, a partir del Preámbulo, la expedición de la Constitución de 1991 obedeció, entre otros propósitos, al de asegurar el trabajo y el conocimiento. Es más, el artículo 1° incluye, dentro de las características que fundan al país “*el trabajo [nuevamente] y la solidaridad de las personas que [lo] integran y en la prevalencia del interés general*” y en el artículo 2° se destacan como fines esenciales del Estado: **servir** a la comunidad, **promover** la prosperidad general, **garantizar la efectividad** de los principios, **derechos y deberes** constitucionales, **facilitar** la participación, ciudadana, **defender** la independencia nacional, **mantener** la integridad territorial y **asegurar** la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, además del deber de **protección** a todos los residentes. A todo esto, en el plano de la responsabilidad, el artículo 6° aclara que esta en el ámbito de los particulares está dada por la infracción de la Constitución y las leyes, al paso que los servidores públicos responden respecto de las funciones que le son encomendadas.

En el plano de los derechos (Capítulos I, II y III del Título II), emparentados con el ejercicio profesional, se encuentra el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), como fundamento y base de la libertad de escoger profesión u oficio, la libertad de conciencia (artículo 18), el derecho al trabajo, su protección y unas condiciones dignas y justas (artículo 25).

Pero estas libertades serían ilusorias si no están acompañadas de las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra (artículo 27). Los cuales constituyen elementos básicos para el ejercicio profesional, y que se hallan reforzados en los artículos 69, sobre garantía de la autonomía universitaria y 71, relativo a la libertad en el conocimiento.

Ahora bien, estrechamente relacionado con la regulación de una profesión u oficio está lo previsto en el artículo 49 constitucional, modificado por el Acto Legislativo número 02 de 2009, en torno a la atención en salud y el saneamiento ambiental.

De la norma constitucional revisada se tiene lo siguiente.

- La salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos que están a cargo del Estado:

- Ello implica una garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

- Específicamente, la Constitución determina que son deberes del Estado:

- Organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud, Dicha organización debe ser descentralizada y por niveles de atención y contar con la participación de la comunidad.

- Dicha organización, dirección y reglamentación debe realizarse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

- Establecer políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas.

- Ejercer la vigilancia y control sobre la prestación de servicios.

- Establecer las competencias de la nación, las entidades territoriales y determinar los aportes a su cargo.

- El señalamiento, a través del legislador, de los términos en los que la atención básica para todos los habitantes es gratuita y obligatoria.

- Como parte de los deberes de la persona y el ciudadano (contenidos en el artículo 95 constitucional) el deber de cuidado integral de su salud y de la comunidad.

Este servicio público, que además es un derecho fundamental, Se presta a través de una cantidad apreciable de trabajadores de la salud y por ello, en lo que atañe a su organización, exige adoptar medidas en la materia.

En consideración a la naturaleza de los mismos, y a las características aquí invocadas, se habla de su continuidad, universalidad y permanencia. En el campo de la salud, el andamiaje jurídico parte de las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, a través de las cuales se diseña el esquema de acceso a los servicios de salud, subordinadas a la Ley 1751 de 2015, de índole estatuario. Es claro, entonces, cómo la noción de interés público incorpora acepciones como la de servicio público. De ahí que, estas normas impacten en el ejercicio de los profesionales de la salud.

Ello es reforzado en el artículo 365 constitucional en el que se caracteriza los servicios públicos, entre ellos la salud, como inherentes a la finalidad social del Estado y ratificando a su vez el deber de eficiencia. En correspondencia con lo dispuesto en dicha norma, tales servicios:

- Estarán sometidos a un régimen jurídico fijado por el legislador.

- Pueden ser prestados por entidades públicas o por particulares.

- El Estado mantiene la regulación, el control y vigilancia de los mismos.

Integrando las anteriores disposiciones de la Constitución de 1991 se advierte que la norma de normas sujeta el ejercicio profesional a un control fundamentado en la naturaleza del servicio que se presta a través de la misma. Dentro de la interpretación de sus disposiciones, que no son absolutas, es necesario reconocer que el libre desarrollo de la profesión debe conciliarse con el régimen de regulación y control sin que ninguna de las dos se anule, en lo que se conoce como un juicio de ponderación.

Naturalmente, la profesión de medicina puede ser ejercida por fuera del sistema que se ha desarrollado pero aun así existe una regulación de esta en la que conceptos como interés público o general resulta de especial valía.

En efecto, la noción de interés público está en la raíz de la concepción de Estado en el cual, por su naturaleza, existen ciertos temas de honda relevancia o trascendencia para la sociedad en general, dentro de una axiología fijada por el propio Constituyente. Dicha concepción “*sirve para justificar diversas formas de intervención del Estado en la esfera de los particulares previendo límites de distinto grado, ya sea a través de prohibiciones, permisos o estableciendo modos de*

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 24 de noviembre de 1993. M. P. Antonio Barrera Carbonell

*gestión*²⁶. De este modo, se garantizan valores medulares como son los que se enuncian en el artículo 2° de la Carta en la medida que son fines, tal y como se desprende del Preámbulo. Sobre el particular, resulta ilustrativo lo que se deriva del caso del deporte como actividad de interés público:

[...] Ello hace parte del compromiso que según el artículo 67 de la Constitución, tienen contraído el Estado, la sociedad y la familia en lo referente a la educación –instrucción y formación – de la niñez y la juventud, que tiene en el aspecto físico y deportivo una de sus más importantes expresiones.

Pero, precisamente por su excepcional importancia social, el deporte lleva implícito un indudable interés público que no solamente es susceptible de regulación legal sino que exige de parte del legislador la fijación de unas reglas básicas que permitan organizar y promover el deporte de manera ordenada y eficiente tanto a nivel nacional como en las regiones y localidades. De allí que nada obste, a juicio de la Corte, para que el legislador señale, sin sacrificar la libertad, pero orientando su ejercicio hacia fines de interés colectivo, los elementos que faciliten la promoción y dirección de la actividad deportiva.

No se olvide que, además de la práctica del deporte considerado en sí mismo, también tiene gran trascendencia la representación del deporte nacional en el exterior la cual resultaría imposible si la legislación y en lo que a ellos concierne, los entes territoriales, se abstuvieran de introducir reglas esenciales para configurar una organización deportiva de jerarquía en todos los niveles [...]²⁷.

Desde luego, se ha considerado que es un concepto indeterminado o cláusula abierta porque no permite una aplicación precisa e inequívoca²⁸ lo cual no es sinónimo de arbitrariedad pues está sujeto a toda clase de controles.

La mención de interés público está a lo largo del ordenamiento constitucional, expresamente en los artículos 58 (en materia de propiedad), 335 (respecto de las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras), 336 (el establecimiento de monopolios como arbitrio rentístico) y 355 (el impulso de programas y actividades de ese carácter acordes con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes seccionales). Pero la dimensión de interés público se expresa a nivel superior a través de acepciones como el interés social, la prevalencia del interés general, el interés superior, servicio público, interés colectivo, bien común, interés común, actividad estratégica, en donde se lee una prioridad y relevancia que, dentro de la teleología constitucional, está sustentada en el bienestar general.

Es muy dicente, en primer lugar, que el artículo 1° de la Constitución Política declare que Colombia es “*un Estado social de derecho*”; definido por la Corte Constitucional como “*un Estado democrático regulado por la ley, en el que priman los principios de igualdad, participación y pluralidad, y en el que el individuo se erige como epicentro de las acciones del Estado, las*

cuales serán legítimas en cuanto propendan por su bienestar y evolución, permitiéndole un desarrollo autónomo, singular e integral, el cual logra en la medida en que pueda, efectivamente, realizar sus derechos fundamentales”²⁹. Este carácter hace que uno de sus atributos sea el de prevalencia del interés general.

Acto seguido, como ya se enunció, el artículo 2° estipula entre los fines esenciales del Estado el de “*servir a la comunidad*” y en el inciso segundo revela la existencia de “*deberes sociales del Estado*”, cuyo cumplimiento corresponde asegurar a las autoridades de la República, garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes contenidos en la Constitución. Así mismo, reviste importancia para el propósito de la inversión social el artículo 366, que instituye como “*finalidades sociales del Estado*” el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, bajo el entendido que. “*Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud de educación de saneamiento ambiental y de agua potable*”.

Existe además, el Capítulo II del Título II de la Constitución, el cual contiene los derechos sociales, económicos y culturales (artículo 42 a 77). En tal virtud, el Estado debe garantizar y apoyar la protección integral de la familia (artículo 42), del que está por nacer y de su madre (artículo 43) del adolescente (artículo 45), de las personas de la tercera edad (artículo 46) y de los disminuidos físicos. Se reconoce, así mismo, una esfera de derechos fundamentales y prevalentes de los niños que el Estado tiene la obligación de asistir y proteger (artículos 44, 50). Sin duda, estos preceptos componen el catálogo normativo que se desprende de reconocer el derecho a la igualdad en los términos contenidos en el artículo 13 *ibid*.

Otra extensión de ese derecho se evidencia en la consagración de cláusulas generales hacia un sistema de seguridad social y de acceso a los servicios públicos de atención en salud y saneamiento ambiental (artículos 48 y 49) y educación (artículos 67 y 68). Otro tanto ocurre con el acceso a la vivienda (artículo 51), al deporte (artículo 52), a la propiedad en sus diversas dimensiones (artículos 58, 60 y 64), al crédito (artículo 66) y a la cultura (artículos 70 y 71). En cuanto a la regulación de las relaciones laborales aparece un subcapítulo que se ocupa de temas como el estatuto del trabajo, los derechos de asociación, negociación colectiva y huelga (artículos 53 a 57).

Invariablemente, en todas ellas el Estado, en sus diferentes niveles, asume labores de “*garantía, promoción, fomento, apoyo, asistencia, ampliación, protección o especial protección*”.

Por su parte, en los derechos colectivos reside un aspecto también crucial de dicha prevalencia ya que configuran derechos límite a la libre empresa y cuentan, al mismo tiempo, con un mecanismo de defensa como lo es la acción popular.

De lo anterior se infiere que es el propio ordenamiento constitucional el que ha puesto de relieve la importancia de ciertas actividades y servicios que son fundamentales para el desarrollo de la población en general. Lo ha hecho para caracterizarlos y para guiar la labor legislativa, sin perjuicio de que el legislador entienda que en adición a lo consagrado en el ordenamiento, pueden existir otros con ese carácter.

²⁶ El Concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional. Carla Huerta Ochoa <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2375/8.pdf> [Consulta realizada el 16 de marzo de 2016].

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-802 de 29 de junio de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁸ *Ibid*. Carla Huerta Ochoa. En igual sentido, García de Enterría.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-220 de 29 de abril de 1997. M. P. Fabio Morón Díaz.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la noción de interés público el Consejo de Estado ha indicado:

[...] Por lo demás, la noción “*interés general o público o social*” si bien es una cláusula abierta signada por una dificultad enorme de precisión, no deja de ser una categoría jurídica³⁰, al ser el real fundamento y verdadera explicación del derecho administrativo³¹ y frente a ella, como advierte Parejo Alfonso:

“...mientras que el legislador cuenta con una gran libertad en cuanto opera directamente a partir de la Constitución el poder ejecutivo y en particular, la Administración pública interviene ya –como regla General– **sobre la base de la concreción legislativa del interés general** y, por tanto, obligadamente dentro de los márgenes que resultan de tal concreción. Ésta puede ser –y de hecho es– diversa, dando lugar a potestades ejecutivas y administrativas de configuración distinta (discrecionales y regladas ambas en grado variado)”³².

De hecho, esta cláusula se encuentra prevista en el artículo primero constitucional cuando al redefinir nuestro régimen político como Estado social de Derecho, establece sin ambages que este se funda en la “*prevalencia del interés general*”, de modo que se trata de uno de sus principios o valores superiores, cláusula luego reiterada bajo la modalidad tomista de “*bien común*” en el artículo 133 respecto de las actuaciones de los miembros de cuerpos colegiados, contenida asimismo en el artículo 209 donde señala que la función administrativa “*está al servicio de los intereses generales*” y reiterada por fin, en el artículo 333 cuando regula la actividad económica.

De la dialéctica interés público – interés particular conoce en últimas el juez administrativo quien, desde una óptica jurídica y no de conveniencia, resolverá sobre la legalidad y –en consecuencia– sobre la validez jurídica³³ de lo que se somete a su control, lo cual parte del supuesto según el cual el ejercicio de la discrecio-

nalidad³⁴ debe desplegarse dentro de la esfera de lo lícito³⁵:

“La exigencia, inherente al Estado de Derecho y a la consecuente sumisión del poder público al ordenamiento jurídico en interdicción de la arbitrariedad...de la correcta definición del interés general o público, que tiene como consecuencia la posibilidad en todo caso de someter a comprobación esa corrección, incluso en sede judicial, es decir, a través de un control jurídico verificado por un poder constitucional independiente.

La supremacía del interés general o público sobre el interés privado o particular... deriva asimismo del Estado de Derecho y más concretamente, de la sujeción de todos los ciudadanos a la Constitución al ordenamiento jurídico”³⁶ (subraya la Sala).

La conciliación supone, entonces, que la solución adoptada por las partes para poner fin al litigio sea ajustada a derecho, y si no es así el juez tiene la obligación de improbarla³⁷. Y ello es así porque, si como considera Merlck “*se reconoce que la voluntad jurídica y el interés del Estado coinciden, que no es posible una contradicción entre los intereses del Estado y el ordenamiento jurídico, y se considera, por lo tanto, que el funcionario administrativo, lo mismo que el juez, no es más que un ejecutor, un órgano, un servidor del derecho y, en virtud de esta función órgano del Estado*”³⁸ pues, en definitiva, la guarda de los intereses del Estado y la realización del derecho no son tareas distintas y, a *fortiori*, nunca pueden resultar irreconciliables.

Las normas de derecho objetivo, como advierte Garrido Falla, determinan cada vez más minuciosamente la organización, los fines y los medios por utilizar por parte de la Administración, se trata de normas dictadas para tutela del interés público, por lo que suponen, por definición, una imposición a la Administración pública en cuanto a lo que, en relación con determinadas materias, es precisamente de interés público³⁹. Y es por ello, que la última palabra para apreciar y definir lo que sea de interés público⁴⁰ no la tienen los funcionarios administrativos, sino quienes tienen a cargo la actividad jurisdiccional en los dominios de la Administración:

“Ha de ser el juez quien examine el acto administrativo para ver si realmente se trata de un acto jurídico administrativo y no de un acto de política administrativa al servicio de un supuesto interés del Estado, ajeno al derecho. Con esto hemos aludido a la razón más fuerte para la introducción de una justicia administrativa: porque representa el medio técnico-jurídico con el cual sometemos la actividad de órganos dependientes a la fiscalización de órganos *independientes*,

³⁰ En el sentir del Decano Vedel entre los rasgos que caracterizan el desarrollo reciente del control que el Juez administrativo ejerce sobre la aplicación de la cláusula ‘interés general’ ocupa especial lugar la restricción del poder discrecional de la administración además “[l]a búsqueda de un fin de interés público es la condición positiva de la legalidad de la acción administrativa. Al contrario de los particulares quienes, bajo reserva de la licitud y de la moralidad de sus fines, pueden actuar para los fines más variados, comprendido naturalmente el interés personal la Administración no debe decidirse más que desde el punto de vista del interés público” (VEDEL. Georges et DEVOLVÉ. Pierre. Droit Administratif, Tome 1, Presses Universitaires de France. Thémis Collection dirigée par Maurice Duverger, 12e édition mise à jour, 1992, p. 518 y 520) [...] En el mismo sentido Escola asegura que “el contrato administrativo... no es sino el resultado del accionar de la administración pública, sujeto –como ya sabemos– a reglas propias vinculadas con la gestión final del interés público” (ESCOLA Op Cit. p. 196).

³¹ Al punto que Escola sostiene que “el derecho administrativo es el derecho del interés público” (ESCOLA, Héctor Jorge. El Interés público como fundamento del Derecho Administrativo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 236).

³² Parejo Alfonso... Op. Cit. p. 606.

³³ Garrido Falla advierte que “[e]l principio de legalidad postula, como acaba de verse, la sumisión de la administración a la ley y resuelve el problema concreto de conocer la legalidad y por consiguiente la validez Jurídica de cada acto administrativo particularmente considerado” (Garrido Falla... Op. Cit. p. 178).

³⁴ Sobre el poder discrecional y su control judicial vid. DE LAUBADERÉ... Op Cit p. 573.

³⁵ Garrido Falla Op. Cit. p. 182. García de Enterría plantea que la discrecionalidad “no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma, más bien por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal” (García de Enterría. Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo I Undécima edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, Pp. 455 y 456).

³⁶ Parejo Op. Cit. p. 608.

³⁷ Ministerio de Justicia y del Derecho, La conciliación en el Derecho Administrativo, Bogotá. segunda edición, enero de 1998, P.14.

³⁸ Merkl Op., Cit. p. 472.

³⁹ Garrido Falla Op. Cit. p. 181.

⁴⁰ Parada Op. Cit. p. 679.

ofreciendo así ocasión para eliminar del acto administrativo aquellos influjos que han podido actuar sobre el mismo perturbadoramente en virtud de la dependencia jurídica y política de los funcionarios administrativos... De este modo, la justicia administrativa viene a ser un correctivo necesario contra las exageraciones del derecho de dar órdenes o instrucciones, que culmina en el deber de obediencia a las órdenes antijurídicas; como para el tribunal administrativo no existe la instrucción sino únicamente el derecho debidamente promulgado impide con ello que el derecho administrativo se convierta en un mero derecho dispositivo en manos de los órganos administrativos revestidos del derecho de dar instrucciones u órdenes”⁴¹.

La discrecionalidad se manifiesta frente al juez de tal modo que no se pretenda la sustitución del punto de vista del organismo administrativo por el del juzgador, a quien atañe tan solo el dominio de la técnica jurídica por lo que no puede subrogarse en la apreciación de los criterios tenidos en cuenta por la Administración [...]”⁴²

De lo expuesto se extrae que el legislador determina o desarrolla el carácter de la actividad (servicio público o interés público) y establece los lineamientos de acción del Gobierno nacional con el fin de materializar la noción.

En el caso de la actividad aseguradora, financiera y bursátil, y como proyección de la intervención, la Corte Constitucional ha expresado:

[...] Por ello resulta explicable que la actividad aseguradora se haya considerado por el Constituyente, junto con la financiera y bursátil una actividad de interés público, cuyo ejercicio debe contar con la autorización previa del Estado y la intervención del Gobierno, en el marco de los objetivos y criterios trazados por el Legislador (artículo 333,189 numeral 24 y 25, 150, numeral 19, lit. d) CP).

Dicho carácter, es el que determina que la intervención sobre la actividad aseguradora y sobre los contratos de seguros sea más intensa que la que de ordinario opera sobre los negocios entre particulares, pues como se precisa en la misma Sentencia C-269 de 1999, representan un interés público que se encuentra “cimentado en los fines que como operación económica persigue y en la protección de la parte más débil – asegurado y beneficiario – de la relación contractual” a fin de que realizadas las condiciones a las que se supedita su derecho reciba efectivamente y en el menor tiempo posible la prestación prometida ⁴³ [...]”⁴⁴.

De otro lado el propia Alto Tribunal ha vislumbrado que tal noción involucra la prestación de servicios de salud:

[...] En efecto, como desarrollo del principio de autonomía reconocido a las entidades territoriales, la Constitución Política las faculta para que en concurso con la ley y conforme a ella, determinen los elementos del tributo del orden departamental, distrital y municipal (C.P., artículos 1º, 287 numeral 3, 300 numeral

4, 313 numeral 4), En el caso concreto, la Asamblea Departamental del Guaviare en una clara expresión de autonomía reconocida por las normas superiores, está en la facultad de determinar de conformidad a la Ley 709 de 2001, quiénes son los destinatarios o beneficiarios del tributo, tal como precisó en la sentencia transcrita y se ratifica más recientemente en la Sentencia C-538 de 2002⁴⁵ y en caso de querer apoyarse en las instituciones hospitalarias de naturaleza privada para satisfacer a través de ellas el interés público y prestar servicios de salud en favor de la comunidad, deberá dar cumplimiento al inciso final del artículo 355 de la Constitución. Lo anterior, con el fin de garantizar que con los recursos públicos recaudados por concepto de la estampilla, se dé cumplimiento a verdaderos fines constitucionales que se traduzcan en el beneficio colectivo y no en el particular de las instituciones [...]”⁴⁶.

Como se ha reseñado, la noción de interés público o social se traduce en un concepto límite para la actividad del Estado, tal y como ocurre en el caso de restricción a la propiedad:

[...] En consecuencia, la ley no puede desconocer este derecho, salvo si, al igual que sucede con los particulares, existen *motivos de interés público o social* que justifiquen su restricción, evento en el cual el derecho del ente territorial debe ceder ante el interés general que el legislador quiera hacer prevalecer (artículo 1º de la Constitución), interés general que puede implicar la imposición de restricciones al derecho de propiedad, en sus distintas manifestaciones.

4.5. Por tanto, es forzoso concluir que mientras no existan motivos de interés público o social que faculten al legislador para imponer restricciones a la propiedad que ostentan las entidades territoriales sobre sus bienes, solo sus autoridades, según sea el caso son las competentes para determinar lo relacionado con la disposición y administración de estos, tal como lo dispone no solo el artículo 362 de la Constitución, sino el artículo 287 del mismo texto, según el cual las entidades territoriales, como expresión de su autonomía, tienen el derecho a administrar sus propios recursos [...]”⁴⁷.

A todo lo anterior, en cuanto a la ética médica, es importante expresar:

[...]14. La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a los principios que se encuentran en tensión en la ética médica y ha afirmado que tales principios tienen, además de un fundamento constitucional, un soporte en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Ha dicho que entre tales principios están: (1) el deber del médico de contribuir al bienestar de su paciente y de abstenerse de causarle daño –principio de beneficencia–; (2) el principio de utilidad, el cual supone que, para el desarrollo de la ciencia médica son necesarias la investigación y la experimentación, en favor de la población futura; (3) el principio de justicia, que supone una igualdad de acceso de la población a los beneficios de la ciencia; y (4) el principio de autonomía, según el cual el consentimiento del paciente es necesario para poder practicarle cualquier intervención sobre su cuerpo.

15. También ha dicho la Corte que en nuestro ordenamiento constitucional prevalece *prima facie* el principio de la autonomía en la relación médico – paciente,

⁴¹ Merkl, Adolfo Op. Cit. p.473.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 16 de marzo de 2005. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01 (27921) A.

⁴³ Conforme la Sentencia T-057 de 1995.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-409 de 17 de junio de 2009. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁵ M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁴⁶ C-712 de 2002.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-366 del 29 de marzo de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

aunque ello no implica que su aplicación, o la de cualquier otro principio haga inaplicables los demás, pues la complejidad de este tipo de situaciones hace imposible asignarles a los principios el carácter de reglas susceptibles de ser encuadradas de manera específica y excluyente en una situación fáctica. Por el contrario, en cada caso se debe efectuar una ponderación de estos principios a partir de los hechos, para determinar la medida en que cada uno resulta relevante [...] ⁴⁸. De este modo y con lo que se analizará respecto de la Ley 1751 de 2015, existe una serie de elementos que apelan a ese comportamiento deseable del profesional de la medicina en la sociedad y que reclama la propia profesión por el nivel de riesgo que en él descansa.

3. Contexto. Algunas transformaciones relevantes.

Sumado a lo que se viene tratando, es necesario efectuar una serie de precisiones alrededor de una serie de cambios importantes frente a la época en que se expidió la Ley 23 de 1981.

3.1. El actual Código de Ética Médica fue aprobado mediante la Ley 23 de 1981, año en el cual la Constitución Política que orientaba el devenir de la Nación no era la Constitución de 1991, sino la que regía para ese tiempo con sus consecuentes reformas. Es más, para el año 1981, el número de médicos en Colombia no superaba los 12 mil y su ejercicio profesional se realizaba en el contexto del Sistema Nacional de Salud, sustentado en la prestación de servicios mediante las instituciones hospitalarias públicas. De manera paralela, existía un esquema de seguridad social para los trabajadores formales vinculados a las Cajas de Previsión y al Instituto de Seguros, al que solo tenía acceso una parte de la población, dejando un amplio espacio para la práctica médica privada.

En los 35 años que han pasado desde la aprobación del Código de Ética Médica, han ocurrido cambios profundos en los ámbitos nacional e internacional que han impactado la formación, la investigación, el ejercicio y el desempeño de la medicina.

Actualmente según estimaciones del Ministerio de Salud y Protección Social, Colombia cuenta con más de 92 mil médicos es decir casi ocho veces el número de médicos del año 1981. Lo anterior, producto del acelerado crecimiento de la oferta de programas de formación en medicina que se observó a partir de los 90, como consecuencia, entre otros factores, de las reformas al sistema educativo que se introdujeron al comienzo de esa década, particularmente a través de la Ley 30 de 1992 “*por la cual se organiza el servicio público de la educación superior*”. Es así que Colombia pasó de tener 21 programas de pregrado en medicina en 1990 a 55 en el año 2015.

3.2. De otro lado, con la creación del Sistema de Seguridad Social, a través de la Ley 100 de 1993, se introduce un esquema de aseguramiento en salud que busca la protección financiera de las personas y las familias respecto a eventuales siniestros en la salud promoviendo y facilitando una mayor participación de agentes privados en el aseguramiento y la prestación de servicios de salud y una nueva institucionalidad de la que hacen parte entidades aseguradoras (EPS, ARS), prestadores de servicios (IPS, ESE, profesionales independientes), con un alto grado de autonomía en su operación y con nuevas reglas de juego en sus relacio-

nes institucionales y contractuales donde prima la libre competencia en un mercado regulado.

El Sistema de Seguridad Social en Salud avanzó progresivamente, con algunos sobresaltos, hacia el aseguramiento universal en salud, objetivo que técnicamente se alcanzó a comienzos de la década actual (96% de la población colombiana afiliada). De manera paralela, se fueron ampliando y unificando los planes de beneficios del régimen subsidiado y contributivo. Esto se ha reflejado en una creciente demanda de servicios de salud a la que el Sistema de Salud ha respondido con muchas dificultades, básicamente porque la reacción de las instituciones y la disponibilidad de recursos, en particular de talento humano calificado, no va a la misma velocidad que la demanda de servicios de la población, tanto en cantidad como en calidad.

3.3. Otro gran cambio es la flexibilización laboral impulsada en el país en los albores de los años 90, en especial con la expedición de la Ley 50 de 1990, que derivó posteriormente en el uso creciente de diversas formas de vinculación del talento humano en salud como estrategia para garantizar la competitividad y sostenibilidad de las instituciones de salud, específicamente de las que hacían parte de la red hospitalaria pública, Modalidades de vinculación que en los últimos años han sido objeto de revisión, control y regulación por parte del Congreso, las Cortes, el Gobierno y los organismos de Control del Estado.

3.4. Derivado del cambio constitucional ya comentado, además de clarificarse que la salud es un derecho fundamental y estar regulado en la Ley 1751 de 2015, la Corte Constitucional ha potenciado varios elementos de la relación servicio de salud-médica-paciente en el sentido de fortalecer la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de la persona, en situaciones límite, tal y como ocurrió con el derecho a morir con dignidad y la interrupción voluntaria del embarazo, aspectos que impactan el ejercicio de la profesión.

En ese orden, se tiene como marco nuclear la Constitución Política de 1991, la cual, entre otros cambios trascendentes y además de los revisados en punto al tratamiento de las profesiones y oficios, profundiza el proceso de descentralización político – administrativo comenzado en los años previos a su expedición, lo cual impacta de manera relevante la participación de entidades territoriales (departamentos, distritos y municipios), en la dirección, organización, financiación, prestación, vigilancia y control de los servicios de salud.

En años más recientes también han ocurrido ajustes significativos a las normas e instituciones del sistema de salud que inciden en la formación y el ejercicio de la medicina en el país. Vale la pena citar la expedición de la Ley 1164 de 2007: “*por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud*”, dirigida a unificar la regulación de la formación y ejercicio de las profesiones y ocupaciones del área de la salud incluyendo un capítulo específico sobre ética y bioética en los servicios de salud.

Luego, la Ley 1438 de 2011: “*por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, introdujo varios elementos de los cuales interesa resaltar la intersectorialidad, el Plan Decenal de Salud Pública, la estrategia de Atención Primaria en Salud, las Redes Integrales de Servicios de Salud, la Junta Técnico Científica, los Comités Técnico Científicos, normas sobre la contratación de personal misional permanente, autorregulación y autonomía profesional, *inter alia*.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-597 del 7 de junio de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Merece destacar, la expedición de la Ley 1751 de 2015, conocida como la ley Estatutaria en Salud norma que reafirma el derecho a la salud con carácter fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Esta disposición formula principios y mecanismos para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de los colombianos, incluye preceptos ligados con la resolución de conflictos por parte de los profesionales de la salud, la autonomía profesional, el respeto a la dignidad de los trabajadores y profesionales de la salud, entre otros.

Una de las estrategias del Gobierno nacional para dar concreción a lo planteado en la ley Estatutaria, es la Política Integral de Atención en Salud cuyas bases se esbozaron en la ley del Plan Nacional de desarrollo del presente Gobierno y que fue desplegada y formalizada mediante la Resolución 429 de 2016, junto con la propuesta del Modelo de Atención Integral en Salud.

En el ámbito internacional también se han originado cambios y tendencias que marcan profundamente la formación actual y futura de los médicos y su ejercicio profesional. Es profusa la documentación sobre los desafíos que suscitan los avances científicos y tecnológicos: mapa del genoma humano, nanotecnología, robótica, e-salud, nuevos fármacos, terapias, procedimientos, etc. Retos que no solo se enmarcan en su adecuada incorporación y uso en la práctica médica cotidiana, sino que forjan debates éticos y bioéticos de gran importancia que hoy están a la orden del día.

Igualmente, hay una discusión global de creciente interés entre dos tendencias aparentemente contradictorias: de un lado, la especialización y supra especialización de la medicina como consecuencia natural del avance del conocimiento, la ciencia y la tecnología aplicadas al servicio de la salud y, de otro lado, la necesidad de contar con médicos formados integralmente, que tengan una visión holística de sus pacientes, considerando su contexto familiar y social, y que puedan interactuar con profesionales de otras disciplinas para dar mejores respuestas.

Hay en curso una reflexión mundial sobre la formación en medicina, en el marco de la conmemoración de los 100 años del documento conocido como “*El reporte flexner*”. Como resultado de este debate se proponen cambios de fondo en la educación médica en el mundo, los cuales se recogen en el texto “*Health professionals for a new century: transforming education to strengthen health systems in an interdependent world*”.

Tras esto vale la pena mencionar las revisiones periódicas de la Declaración de Ginebra realizadas por la Asociación Médica Mundial, en 1994, 2005 y 2006. Esta misma asociación, ha emitido la “*Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la autonomía y autorregulación profesional*”, adoptada por la 39ª Asamblea Médica Mundial en Madrid, España (octubre 1987). Instrumentos que son un referente mundial de los principios éticos que deben regir el ejercicio médico.

De este resumen sucinto, se puede concluir que se han dado una gran cantidad de cambios que han impactado el contexto y las condiciones de la formación, el ejercicio y la práctica de la medicina en diversos campos, como lo son el académico, el asistencial, el de investigación y el de administración. Es más, las relaciones de los médicos con los pacientes, colegas, instituciones y la sociedad, tienen actores, normas reglas del juego y responsabilidades diferentes a las de hace 3 décadas.

Actualmente, la relación médico-paciente está sujeta a una mayor intermediación por diferentes agentes, como las EPS e IPS. La práctica ‘privada’ de la medicina es cada vez menor, dado que en la mayor parte de los casos los pacientes acceden a los servicios médicos a través de las instituciones donde se encuentran afiliados o adscritos. De igual forma, los pacientes están cada vez más y mejor informados, son más exigentes con sus derechos y más participes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud.

También es dable resaltar la existencia cada vez más significativa de guías de práctica clínica, que pese a ser lineamientos no obligatorios, si plantean situaciones en las cuales los médicos deben tener una posición ética, clara y sustentada; frente a si siguen o se apartan de las recomendaciones establecidas.

Los profesionales de la salud en general y los médicos en particular han respondido a las nuevas reglas de juego del sistema de salud y en muchos casos combinan el ejercicio profesional con la participación en entidades de aseguramiento en salud, prestación de servicios o producción y comercialización de insumos.

En este nuevo escenario, las responsabilidades derivadas del acto médico y de la atención del paciente, las familias y las comunidades resultan más complejas, difusas y hacen entrever tensiones éticas que deben ser adecuadamente gestionadas y resueltas a través del diálogo, las normas, los procesos e instituciones pertinentes.

Tanto en el debate global, como en las reflexiones nacionales sobre el desarrollo del Modelo de Atención Integral en Salud y la garantía del goce del derecho a la salud hay un amplio consenso frente a la necesidad de transformar la formación médica: a la par con las competencias clínicas que históricamente deben tener los médicos se requiere desarrollar competencias comunicativas de autoaprendizaje crítico de liderazgo y gestión de servicios e instituciones de trabajo en equipos inter y transdisciplinarios, entre otras estrategias. Estas competencias, deben reflejarse en el ejercicio cotidiano de la medicina, donde el enfoque ya no es exclusivo en la relación médico-paciente, desprovisto de contexto, sino que hay un compromiso del profesional con el medio familiar y comunitario en que ejerce su profesión.

4. Ley Estatutaria 1751 de 2015.

Luego de una serie de dudas e inquietudes en torno a la categoría de los derechos sociales y su fundamentación, retomando la Declaración de Alma Ata de 1978, la Observación General número 14 de 2000 y el consecuente desarrollo jurisprudencial en la materia, se reconoció con la Ley 1751 de 2015 que la salud es un derecho fundamental, de manera directa⁴⁹. A través

⁴⁹ “[...] es pertinente recordar que la naturaleza del derecho a la salud ha tenido una interesante evolución jurisprudencial [...] En este sentido la Corte Constitucional mediante Sentencia T-406/92 (M. P.: Ciro Angarita Barón), empezó a edificar la teoría de la conexidad [...] Sin duda [...] el punto de partida de la Corte fue negar el carácter de derecho fundamental del derecho a la salud, por estar ubicada en el capítulo II (de los derechos sociales, económicos y culturales), y no en el capítulo I (de los derechos fundamentales), del Título II (de los derechos, las garantías y los deberes). Posteriormente, la Corte, continuando con su tesis de la conexidad, inscribió como fundamentales entre otras cuestiones ciertas prestaciones, llámense medicamentos, intervenciones, procedimientos, etc., que fueron reconocidas en planes como el Pos o el Poss (Cfr. ST-859/03 o ST-860/03. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett), hasta que con la Sen-

de dicha norma se regulan los aspectos básicos el mismo, a saber, la naturaleza y contenido del derecho, las obligaciones del Estado, los elementos y principios, los derechos y deberes de las personas frente a la salud, la garantía y mecanismos de protección del derecho, los profesionales y trabajadores de la salud y la protección de los recursos con destino a la salud.

Con todo, la Ley 1751 de 2015, en el Capítulo III contempla lo relativo a los “*profesionales y trabajadores de la salud*”, regulando en el artículo 17 lo atinente a la autonomía profesional en los siguientes términos:

Artículo 17. Autonomía profesional. Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética la racionalidad y la evidencia científica.

Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente.

La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias.

Parágrafo. Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas o dádivas a profesionales y trabajadores de la salud en el marco de su ejercicio laboral, sean estas en dinero o en especie por parte de proveedores; empresas farmacéuticas, productoras, distribuidoras o comercializadoras de medicamentos o de insumos, dispositivos y/o equipos médicos o similares.

Aunque la autonomía es un concepto mucho más amplio, aquella de que trata esta disposición se expresa conforme a lo que a continuación se describe:

tencia T-016/07 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) el máximo Tribunal Constitucional cambió la línea jurisprudencial al plasmar en sus consideraciones: “A propósito del derecho fundamental de la salud” [...] Esta postura es reiterada en la providencia T - 760 - 08 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), en los siguientes términos: “[...] el derecho a la salud es un derecho fundamental, así sea considerado usualmente por la doctrina como un derecho social y, además, tenga una importante dimensión prestacional [...]”. Así mismo, recuerda que este derecho ha sido amparado por tres vías: i) Por conexión con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana; ii) Se ha reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección (Ej. Artículo 44 C. N., en lo atinente a la salud de los niños. Cfr. SU -043 - 95, M. P. Fabio Morón Díaz); y iii) Se ha consagrado la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico [...] se sustrae que la base para distinguir entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales; no puede radicar en el carácter prestacional de los segundos y el carácter de derechos de libertad de los primeros pues todos los derechos tienen facetas prestacionales y facetas de libertad”. Cfr. Bastidas Goyes, Luis G. “*Una aproximación a la salud y justicia global*” Universidad Externado de Colombia - Derecho y Vida. 2011, número XCIII, págs. 7 - 8, Evolución que se concretaría con la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la cual fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional mediante la Sentencia C -313-14, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- Un ámbito: la adopción de decisiones sobre diagnóstico y tratamiento de los pacientes a su cargo.

- Unos linderos en su ejercicio, entendido como un marco de acción que supone autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica.

- Una prohibición general sobre lo que atente tanto contra dicha autonomía como los abusos que transgredan la seguridad del paciente. Una prohibición específica asociada a las dádivas o prebendas a los profesionales y trabajadores de la salud.

- Una competencia sancionatoria.

Acorde con lo expresado en el precepto transcrito, uno de los elementos y expresiones de la autonomía es la posibilidad de autorregulación. A esto se suman como parámetros del ejercicio profesional, la ética, la racionalidad y la evidencia científica. Adicionalmente la autonomía comporta la posibilidad de que se desarrollen actos libres carentes de todo constreñimiento o abuso y esto incluye la prohibición del otorgamiento de dádivas y prebendas de cualquier especie. La norma analizada hace suya, con ciertos matices, la prohibición establecida en el artículo 106 de la Ley 1438 de 2011, modificado por el artículo 133 de la Ley 1474 de 2011 y cuyo texto es como sigue:

Artículo 106. Prohibición de prebendas o dádivas a trabajadores en el sector de la salud. Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas, dádivas a trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud y trabajadores independientes, sean estas en dinero o en especie, por parte de las Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud, empresas farmacéuticas productoras, distribuidoras, comercializadoras u otros, de medicamentos, insumos, dispositivos y equipos que no esté vinculado al cumplimiento de una relación laboral contractual o laboral formalmente establecida entre la institución y el trabajador de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

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

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

A este respecto, la norma de la ley estatutaria ha reabierto el debate en torno a la autorregulación y a la capacidad que tiene el Estado para intervenir en la misma como proyección de la labor que debe emprender en materia de inspección y vigilancia del ejercicio de los profesiones y de la regulación de su ejercicio en la medida en que entraña un riesgo social. Con este tema se asocia otro relacionado con la comprensión misma de la autonomía. Se ha considerado que la ley devolvió algo a los médicos que le había sido confiscado y que, por esa vía, la autorregulación aparece como un

elemento trascendental que debe ser desarrollado y entendidos⁵⁰.

Como parte de la discusión, en lo concerniente con esta norma, la Corte Constitucional (C-313 de 2014) sostuvo:

[...] Sea en uno u otro sentido, la autonomía es una expresión indispensable para comprender el contenido del ideal de la libertad⁵¹, pues, “...en desarrollo de su facultad de autodeterminación se garantiza a la persona el poder para tomar, sin injerencias extrañas o indebidas, las decisiones acerca de los asuntos que le conciernen, lo que adquiere especial significación en materias relativas a la salud y a la vida individual”⁵². De tal modo que, al pretender correlacionar los derechos y deberes de médicos frente a pacientes, la autonomía y su regulación son criterios forzados para delimitar recíprocamente los ámbitos de actuación de unos y otros; sin tales pautas, la coexistencia y el respeto debido al individuo como sujeto independiente, serían difícilmente predicables. Por ende, para esta Corporación:

“El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que solo a la persona atañen, solo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, dosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen”⁵³.

La Asociación Médica Mundial en su Declaración sobre la autonomía y autorregulación profesional, estima en relación con el médico:

“1. El elemento principal de la autonomía profesional es la garantía que el médico puede emitir con toda libertad su opinión profesional con respecto a la atención y tratamiento de sus pacientes.

2. La Asociación Médica Mundial y sus asociaciones médicas nacionales reafirman la importancia de la autonomía profesional como componente esencial de la atención médica de alta calidad y, por consiguiente, como un beneficio que se debe al paciente y que debe ser preservado. Por lo tanto, la Asociación Médica Mundial y sus asociaciones médicas nacionales se comprometen a mantener y garantizar ese principio

⁵⁰ Cfr. El Tiempo, 26 de julio de 2013. “Médicos: el reto es la autorregulación”. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12951321>. Igualmente en El Espectador, 11 de agosto de 2013, “la autonomía profesional del médico”. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/autonomia-profesional-del-medico-columna-439319> [Consulta realizada el 16 de marzo de 2016].

⁵¹ A este tenor la Corte sostiene: “En términos generales, toda persona tiene derecho a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. Esta posibilidad es una manifestación del principio general de libertad, consagrado en la Carta de derechos como uno de los postulados esenciales del ordenamiento político constitucional (C.P. arts. 13, 16 y 28). Del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud”. Corte Constitucional, Sentencia T-401/94 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-271195 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-221/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

de ética esencial que es la autonomía profesional en la atención de los pacientes”⁵⁴.

Como una fórmula precisa, hasta este punto, que permita concretar y, por tanto, a lustrar mutuamente la autonomía del médico y la autonomía del paciente en el ejercicio médico se indispensable recordar en palabras de esta Corporación:

“(...) Ni el ser humano debe convertirse en un objeto de manipulación de la organización médica, ni esta debe supeditar todos sus propósitos asistenciales, científicos y curativos a la opinión de los pacientes”⁵⁵.

Ya frente a la relación del médico-paciente y cualquiera otra institución o entidad, resulta esencial para la efectiva realización del derecho a la salud, en concordancia con el derecho a la libertad y a la autonomía, que las decisiones adoptadas en relación con tratamientos, medicamentos y algún otro suministro quirúrgico ordenado por el médico y consentido por el paciente, puedan ser efectuados independientemente de la imposibilidad de contar con los recursos necesarios que exigen; pues no parece tener sentido que pese a la adopción de una decisión sustancial orientada a garantizar el goce de estas garantías fundamentales e involucrando directamente al médico-paciente, resultaren afectadas, menoscabadas o simplemente ignoradas por terceros ajenos a la situación particular que uno de ellos padece. El párrafo 6 de la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Autonomía y Autorregulación Profesional, luego de un llamado a los galenos en cuanto a que “Tener conciencia de los gastos es un elemento esencial de la autorregulación, concluye:

“El control de gastos no debe ser usado como pretexto para negar a los pacientes los servicios médicos que necesitan. Tampoco debe permitirse el excesivo uso de facilidades médicas que aumente el costo de la atención médica de tal manera, que no permita acceso a ella a los que las necesitan”⁵⁶.

[...]

Para la Corte, estos antecedentes evidencian la consonancia de la autorregulación con la preceptiva constitucional, finalmente, resulta claro que la autonomía no es absoluta y, encuentra su límite en los derechos de los demás. Por ende, la autorregulación en el campo de la profesión médica es necesaria. Se impone pues en este punto la exequibilidad.

En cuanto a la racionalidad, entendida en su acepción más universal, esto es, como lo conforme con la razón, no encuentra la Sala motivo para tachar de inconstitucional la sujeción del ejercicio de la profesión médica a la facultad ordinaria de discurrir que se entiende como propia de la generalidad de la persona humana. Por lo que atañe a la evidencia científica, se atiene la Corte a la aceptación que se hizo de la misma en los términos que se estimó la constitucionalidad de las exclusiones del artículo 15 del Proyecto que incorporan este factor. En suma, ninguno de los 4 factores en los

⁵⁴ Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la autonomía y autorregulación profesional. En este mismo sentido, se anota en Doce Principios de la Asociación Médica Mundial sobre la prestación de atención médica en cualquier sistema nacional de atención médica: “Debe garantizarse la independencia moral, profesional y económica del médico”.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-401/94 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁶ Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la autonomía y autorregulación profesional.

que se enmarca la autonomía médica, supone reparos en su constitucionalidad y en ese sentido se pronunciará esta Corte.

Por otro lado, no encuentra la Corte que la protección de la autonomía médica pueda comportar el desconocimiento de las obligaciones laborales del galeño, como lo han sugerido algunas intervenciones. Esto acontecería si las obligaciones a las que se refieren los intervinientes fuesen de aquellas contrarias a la evidencia científica, a la racionalidad, a la ética o invadiesen el ámbito de la autorregulación. Para el Tribunal Constitucional, las órdenes que se impartan a los profesionales de la salud deben tener como límites los que el legislador le ha trazado, de no ser así se estarían convalidando órdenes u obligaciones laborales, tanto ilegales como inconstitucionales.

Para la Sala, los motivos expuestos y el diseño de la prescripción, por parte del legislador estatutario, no evidencian ningún desconocimiento de la Constitución imponiéndose la declaración de constitucionalidad del inciso 1 del artículo 17.

El inciso 2 simplemente plantea un mandato general orientado a proteger dicha autonomía y, por ello, no cabe razón para excluirlo del ordenamiento jurídico.

En el inciso 3 el legislador estatutario dispuso que las prácticas lesivas de la autonomía del profesional de la salud, deben ser objeto de castigo por parte de los Tribunales y organismos competentes, con lo cual, el legislador estatutario no establece tipos penales o disciplinarios sino que se remite a lo que los preceptos que rigen a dichas autoridades determinen. Las normas que establezcan las sanciones, los procedimientos y la especificidad de las conductas sancionables habrán de producirse o contraerse a to dispuesto para los órganos a los que alude el mandato.

Con la indicada remisión, no se advierte ningún desconocimiento del debido proceso, por ende, no cabe retirar la norma del ordenamiento.

En lo concerniente al parágrafo, no encuentra la Sala motivos para declarar su inconstitucionalidad, pues, no se trata de la afectación de ninguno de los derechos laborales de los profesionales de la salud. Entiende la Corte que el mandato apunta a defender la autonomía profesional del médico, proscribiendo prácticas que, en últimas, no solo condicionan la referida autonomía médica, sino que comprometen el goce efectivo del derecho a la salud. Así por ejemplo, la formulación de un medicamento con la intención de generarle beneficios a un laboratorio del cual ha recibido dadas algún profesional de la salud, puede implicar la no prescripción de otro medicamento más apropiado para la condición de salud del paciente, afectándose el goce del derecho de este último.

En suma, el mandato legal revisado no compromete ninguno de los derechos laborales del profesional de la salud, los cuales, se preservan en su integridad. No observa la Corte ningún tipo de quebrantamiento de lo dispuesto en el artículo 25, en el artículo 53 o en alguna otra disposición de rango constitucional que proteja el derecho al trabajo, pues entiende que, se trata más bien, de una restricción a la autonomía, no solo en aras de la ética, sino particularmente a favor del derecho fundamental a la salud. Con tales estimaciones, se procederá a declarar la constitucionalidad del parágrafo del artículo 17 revisado [...]⁵⁷.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-313 de 29 de mayo de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Lo anterior plantea una serie de tensiones en el acto médico, tanto en la relación con el paciente como respecto de los aspectos externos que inciden en ella. En un ámbito más general aparece el Estado, creando un sistema de salud (para el caso el SGSSS), una institucionalidad (que incluye la vigilancia), unos recursos, unos derechos y deberes, a la vez que define la naturaleza de ese acto (servicio público-derecho fundamental). De ahí que, sea un tema altamente sensible y en donde la fuerza gremial produce una serie de reacciones significativas cuando se introducen elementos regulatorios.

5. Consideraciones específicas sobre el proyecto de ley

En lo atinente a la norma propuesta se efectúan las siguientes consideraciones:

5.1. Tal y como ya se indicó, en lo que comprende la iniciativa es importante tener en cuenta un punto que puede suscitar cierta controversia frente a la interrupción voluntaria del embarazo y el derecho a morir con dignidad que, debe decirse, ha producido cambios sustanciales en la visión del papel del médico frente a la autonomía de la persona cuando se presentan situaciones límite, concretamente lo relativo a las Sentencias C-239 de 1997, C-355 de 2006 y T-970 de 2014, aspecto que debería incluirse dentro de los principios, como parte de la autonomía del paciente, sin perjuicio de la objeción de conciencia. Esta reflexión debe hacerse extensiva al artículo 4º, denominado “Promesa del Médico”.

Esto tiene que ver con una concepción de la vida que involucra su finalización:

[...] La idea, de que el hombre tiene del “derecho a morir con dignidad” ha dominado el debate bioético contemporáneo relacionado con el final de la vida humana. Muchos de los autores que abogan por el derecho a una “muerte digna” entienden que este incluye el derecho a disponer de la propia vida mediante la eutanasia o el suicidio médicamente asistido, basándose para ello en el respeto a la libertad individual o autonomía del paciente. Se afirma así, que nadie tendría derecho a imponer la obligación de seguir viviendo a una persona que, en razón de un sufrimiento extremo, ya no lo desea. De acuerdo con esta línea de pensamiento en situaciones verdaderamente extremas, la eutanasia y la asistencia al suicidio representarían actos de compasión (beneficencia); negarse a su realización podría suponer una forma de maleficencia.⁵⁸

Ahora que el avance de la ciencia médica nos permite asistir a las etapas finales de múltiples enfermedades crónicas, la medicina ha visto conveniente retornar su función de aliviar, cuando no se puede prevenir ni curar. En busca de estos cuidados acuden los pacientes terminales y sus familiares a los hospitales, convirtiéndose la muerte en un evento hospitalario cada vez más frecuente, denominándose este proceso la medicalización de la muerte. La ética al final de la vida, estudia los principios y consideraciones en el abordaje médico de estos pacientes [...]⁵⁹.

Dentro de un Estado laico como el nuestro, que respeta la diversidad religiosa, ambas visiones son válidas y no existiría una razón para impedir que se produjera la

⁵⁸ Taboada, P. El derecho a morir con dignidad. *Acta Bioethica* 2000; año VI, N° 1

⁵⁹ Jacqueline Cortez G. “Aspectos Bioéticos del final de la vida: El Derecho a Morir con Dignidad”, *Cuad. - Hosp, Clin.* [online]. 2006, Vol. 51, n.2, pp. 97-102. ISSN 1652-6776, pág. 98.

segunda, como una decisión de vida en condiciones dignas sin que esa actitud se imponga a todas las personas.

5.2. Se considera la intermediación como un elemento en la relación médico-paciente (arts. 5 y 6). No obstante, es indispensable que se clarifique el tema expuesto en el punto anterior que apela a la dignidad de la persona.

5.3. En el artículo 8°, entre los motivos para que el médico no preste sus servicios, se establecen los siguientes:

[...] h) Cuando no tenga compromiso con la institución de salud a la que esté afiliado el paciente [...];

[...] j) Cuando manifieste objeción de conciencia [...].

En los dos eventos se deben precisar los elementos que eviten afectar la salud, la integridad y la vida de los pacientes, en tanto que ameriten intervención inmediata por parte del médico. Esto también en consonancia con lo previsto en el artículo 14 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, relativo a la “*prohibición de la negación de prestación de servicios*” con el alcance brindado por la Corte Constitucional, a saber:

[...] Con tales presupuestos, cabe observar que no se acompasa con la normativa constitucional citada, un mandato que restringe a la atención inicial de urgencias y a lo que defina el Ministerio de Salud, la posibilidad de acceder al goce del derecho a la salud sin que resulten oponibles cargas administrativas para la prestación de dicho servicio. Con el enunciado legal incorporado en el inciso 1° del artículo 14 se desconoce el principio constitucional de universalidad que rige el derecho a la salud. Procede la Corte a valorar las dos situaciones.

Para la Sala, en tratándose de urgencias, cabe recordar que desde la normativa, se ha distinguido entre atención inicial de urgencia y atención de urgencias. En el artículo 3° del Decreto 412 de 1992 se dispone en lo pertinente:

1. **URGENCIA.** *Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.*

2. **ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIA.** *Denomínase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.*

3. **ATENCIÓN DE URGENCIAS.** *Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias.*

No se garantiza el acceso al servicio de salud cuando se clausura la posibilidad de oponer cargas administrativas, para la prestación del servicio, únicamente en el caso de la atención inicial de urgencias.

Advierte la Sala que lo establecido por el legislador estatutario, puede dar lugar a interponer tal tipo de cargas para situaciones que pueden ser de urgencias y, sin embargo, no son del tipo de atención inicial de urgencias.

Encuentra la Corte que el concepto de urgencias exige una atención médica inmediata que tienda a disminuir los riesgos para la integridad o la vida, con lo cual, queda puesto de presente que cualquier barrera que se oponga a la prestación del servicio de salud, en situación de urgencias, compromete, de manera importante, derechos fundamentales y, obviamente, hace nugatorio el goce del derecho fundamental a la salud.

Por ende, no se aviene con la preceptiva constitucional una medida que buscando amparar el goce del derecho en la situación denominada atención inicial de urgencias, da pie para negar la protección a otras posibilidades de urgencias que pueden acontecer. Para la Sala, la exclusión del ordenamiento jurídico de la expresión “*inicial*”, contenida en el texto en revisión, permite que se preserve la intención del legislador estatutario de proteger la atención inicial de urgencias y otros tipos de urgencias cuya dificultad en la prestación médica inmediata, pueden conducir a la pérdida de derechos fundamentales irrecuperable.

Por lo que concierne a la segunda situación, que según el legislador estatutario darla lugar a requerir autorizaciones administrativas para la prestación del servicio, esto es, aquellas que deben ser determinadas por el Ministerio de Salud; observa la Corte que también desconoce la preceptiva constitucional. En este caso, la valoración permite advertir que se está defiriendo al Ejecutivo, una tarea más propia del legislador estatutario, consistente en establecerle límites a los derechos fundamentales. Para la Sala, se amenaza el goce efectivo del derecho y, se desconocen competencias constitucionales con la potestad conferida en el enunciado revisado. Por ende, entiende el Tribunal Constitucional que no cabe en el Proyecto de ley la expresión “*y en aquellas circunstancias que determine el Ministro de Salud y Protección Social*”. La exclusión de la locución transcrita, y de la expresión “*inicial*” toma en constitucional el inciso 1° del artículo 14 del Proyecto. En consecuencia, se procederá a declarar las inexequibilidades indicadas.

En el sentir de la Corte esta decisión resuelve los problemas de inconstitucionalidad de este primer inciso, denunciados por varios intervinientes.

En lo que atañe al inciso 2° del artículo 14, el cual atribuye al Gobierno Nacional la definición de los mecanismos que permitan controlar el uso adecuado y racional de los servicios y tecnologías de atención inicial de urgencias en salud, cabe decir que no vulnera los mandatos superiores, pues, se trata de una actividad de dirección y control del servicio, ordenada por el artículo 49 de la Carta. Consecuentemente, se declarará la exequibilidad del referido inciso 2° del artículo 14 del proyecto.

Respecto del párrafo 1° que dispone el establecimiento, mediante ley, de las sanciones penales y disciplinarias para quienes hayan incurrido en casos de negación del servicio, no tiene reparo la Sala, pues, se trata de la reafirmación de la potestad congresual para expedir este tipo de normas en materia sancionatoria.

El párrafo final del artículo en revisión se corresponde con lo estimado por esta Sala en las consideraciones sobre el artículo 1° del Proyecto, cuando se precisó la imposibilidad del legislador estatutario, de conformidad con el objeto del Proyecto, para modificar el régimen de la acción de tutela [...]⁶⁰.

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-313 de 29 de mayo de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

5.4. En la definición, características y campos de acción del acto médico (arts. 11 a 13 del proyecto), se adiciona la “*relación médico - familia – comunidad*”, a la histórica “*relación médico-paciente*” y amplía el campo de ejecución del acto médico al “*desempeño de funciones administrativas documentales, docentes, científicas, técnicas, periciales, forenses, de investigación, de auditoría o de participación en programas de telemedicina*”.

Así mismo, se hace referencia a que la “*autonomía profesional se acompaña de la responsabilidad de autorregulación y del acatamiento a la Constitución y a la Ley*” y se establece que el médico debe tener en cuenta las guías en el ejercicio institucional (art. 13, párrafo 4º y conc.), lo cual resulta acertado.

Sería del caso incorporar en estas normas aquellas situaciones que pueden afectar dicha relación vía coacción, fuerza o cualquier otro mecanismo que afecte su autonomía, siempre que no se pase por alto el cumplimiento dentro de los lineamientos de la Ley 1751 de 2015:

Artículo 17. Autonomía profesional. Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica.

Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente.

La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias.

Parágrafo. Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas o dádivas a profesionales y trabajadores de la salud en el marco de su ejercicio laboral, sean estas en dinero o en especie por parte de proveedores; empresas farmacéuticas, productoras, distribuidoras o comercializadoras de medicamentos o de insumos, dispositivos y/o equipos médicos o similares [Énfasis fuera del texto].

5.5. El artículo 13 plantea la definición sobre la autonomía médica “*entendida esta como la garantía que tiene el médico para examinar y tratar libremente a sus pacientes*”. Es imprescindible que esta definición se armonice con los elementos de la autonomía profesional establecidos en el artículo 17 de la Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria de la Salud, incorporando los siguientes componentes que configuran el marco en que se debe ejercer la autonomía: “*autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica*”, a la cual ya se hizo referencia y a la cual debe subordinarse cualquier otra ley.

En el párrafo segundo del artículo 13 se consagra que: “*Para no comprometer la seguridad del paciente, se debe evitar la atención simultánea de varios pacientes por parte de un solo médico, salvo situaciones justificadas de fuerza mayor*”. Es importante estimar que en el mundo se han desarrollado nuevas tecnologías y modelos de atención, donde un médico, en determinadas circunstancias que no necesariamente corresponde a “*fuerza mayor*”, puede hacer consultas simultáneas con más de un paciente, con buenos resultados para los

pacientes y con una mejora en el nexo costo - efectividad de la consulta.

En el párrafo 3º del artículo 13 se establece que: “*El médico ordenará al paciente los exámenes y tratamientos justificados, acorde con la Lex Artis*”. Y ligado con el mismo tema, el artículo 15 define que “*El médico usará los recursos a su disposición o alcance mientras exista una expectativa razonable de curación o alivio del paciente*”.

Sobre estos aspectos, conviene que la redacción de estas disposiciones determine de manera explícita la responsabilidad de los médicos con el control de los gastos y uso racional de los recursos del sistema de salud, lo cual es totalmente coherente con las Declaraciones que sobre la autonomía y autorregulación ha realizado la Asociación Médica Mundial:

[...] 6. Tener conciencia de los gastos es un elemento esencial de la autorregulación. La atención de la más alta calidad sólo puede justificarse por la certeza de que el costo de tal atención permita que todos los ciudadanos tengan acceso a esa atención. Nuevamente, los médicos están particularmente calificados para hacer las evaluaciones necesarias para tomar las decisiones de control de gastos. Por tal razón, las asociaciones médicas nacionales deben incluir el control de gastos en sus respectivos sistemas de autorregulación. Los puntos comunes en materia de control de gastos tienen que ver con los métodos de prestación de la atención médica, el acceso a los hospitales y a la cirugía, y el uso apropiado de la tecnología. El control de gastos no debe ser usado como pretexto para negar a los pacientes los servicios médicos que necesitan. Tampoco debe permitirse el excesivo uso de facilidades médicas que aumente el costo de la atención médica de tal manera, que no permita acceso a ella a los que las necesitan [...] ⁶¹.

5.6. En el párrafo primero del artículo 17 sobre consentimiento informado, se menciona: “*menores entre los siete y dieciocho años*”. Dado que en Colombia la mayoría de edad inicia a partir de los dieciocho años, conveniente ajustar el artículo, haciendo referencia a “*menores entre los siete y diecisiete años*”.

5.7. En cuanto al artículo 20 de la iniciativa, debe precisarse que no existirla un real conflicto de opiniones cuando el paciente ya ha decidido sobre un determinado tratamiento. Es decir, tal circunstancia no puede afectar la autonomía del mismo, acorde con el artículo 10 de la Ley Estatutaria:

Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

[...] d) A obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud [...];

[...] f) A recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos [...];

⁶¹ Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la autonomía y autorregulación profesional. Adoptada por la 39 Asamblea Médica Mundial, Madrid, España, octubre 1987.

[...] o) A no ser sometidos en ningún caso a tratos crueles o inhumanos que afecten su dignidad, ni a ser obligados a soportar sufrimiento evitable, ni obligados a padecer enfermedades que pueden recibir tratamiento [...].

De esta manera, si un paciente tiene una opinión diferente sobre un tratamiento y ha llegado a ella con una información suficiente, prima siempre su voluntad respecto del profesional de la salud, salvo en pacientes menores de edad, interdictos o demás situaciones en que aquellos no tengan plena capacidad para decidir o autodeterminarse.

5.8. El Capítulo 2, del Título II, trata sobre la “historia clínica, prescripción médica y demás documentos”. Considerando que son temas regulados y reglamentados por normas específicas, que involucran la participación y responsabilidad de otros actores, aquí, se solicita excluir los elementos genéricos del proyecto de ley y dejar solo lo concerniente a las actuaciones y responsabilidades del médico con respecto a la historia clínica y los demás documentos.

En punto a la prescripción médica y la sugerencia de un medicamento con nombre comercial, es importante garantizar la consistencia de la decisión al prescribirlos, evitando, igualmente, cualquier conflicto de intereses, en los términos del artículo 17 de la Ley 1751.

5.9. En el artículo 33, sobre responsabilidades frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud se aclara la responsabilidad del médico frente a situaciones que son de competencia de las instituciones donde ejerce o se presta el servicio, protegiendo su autonomía ante decisiones de pagadores y prestadores no justificadas, lo cual resurta conducente.

5.10. Similar comentario procede frente al artículo 36, donde se consagran los Comités Institucionales de Ética de las instituciones prestadora de servicios, los cuales deberían ser regulados en otra normatividad, dado que se trata de un tema que involucra procesos que no necesariamente tienen que ver con el ejercicio de la medicina (v. gr. administrativos, asistenciales de otras disciplinas, operacionales, etc.) en los que participan diferentes profesionales del área de la salud y otras áreas del conocimiento.

5.11. En lo concerniente al artículo 39, particularmente en lo relativo a que la “enseñanza formal de la ética profesional es obligatoria en las facultades de medicina”, se debe tener en cuenta que la ética no se enseña, ni se aprende, a partir de un ejercicio meramente académico una materia o asignatura más del currículo a la cual generalmente no se le da mayor importancia por las instituciones, docentes y estudiantes. Además, transmitir ciertos dogmas o principios pueden llegar a vulnerar derechos fundamentales que pueden transgredir la diversidad religiosa, la libertad de conciencia, entre otros, lo que a su vez puede llegar a ser controvertido al formular el proyecto. Por tanto, debe replantearse el tema: la ética debe ser un principio que oriente y permee la cultura de las instituciones y el actuar cotidiano de todo sus integrantes. La ética no debe entenderse, ni asimilarse, ni mucho menos reducirse a una “enseñanza formal” cuya responsabilidad ha recaído muchas veces en profesores de ética o bioética, sino que debe estar presente en la formación personal, en todo el plan curricular y en las relaciones entre pacientes, estudiantes, residentes, docentes y administradores que se generan durante el proceso formativo.

Sobre el particular, se ha manifestado:

[...] Lo encontrado generó una nueva pregunta: ¿Qué pasa con la formación moral de la persona, que existiendo consenso sobre su importancia capital, aporte formativo y demanda real sigue ausente del currículo? Algunas claves para responder esta pregunta se encuentran en Escárnez (2008) y Perilla y Guerrero (2009), y están relacionados con la didáctica, las condiciones de enseñanza y el conocimiento pedagógico del contenido. En efecto, existiendo un ambiente amigable para la inserción del contenido, hay factores estructurales que deben darse, como contenido del currículo universitario, la educación moral está por construirse. El estado de las investigaciones muestra que la formación moral, en cuanto contenido, se caracteriza por demandar conocimientos pedagógicos de alto nivel, a la vez que estudios como el de Mesa y Suárez (2006) muestran universitarios que no alcanzan estructuras superiores de juicio moral estando cercanos a graduarse y el medio muestra que la crisis de valores y la creciente corrupción en las instituciones devela que ante la autoridad y la jurisdicción los profesionales no están en capacidad de sobreponer recursos.

Así las cosas, la enseñanza de la ética y la educación moral se descubren como contenidos que requieren una enseñanza educativa (Guerrero 2002). El problema no se reduce a la apertura de estado propio en el currículo, ni al diseño estructurado de temarios. Estos contenidos demandan una enseñanza que, superando lo descriptivo y lo enunciativo, lleve a los estudiantes a la maduración de estructuras superiores y universales de juicio y razonamiento moral. De ahí la fuerza del clamor de intelectuales como Domingo-Moratalla (2005), que piden introducir una mínima cultura moral en los planes universitarios [...]⁶².

5.12. En el artículo 41 se prevén los aspectos asociados con la presencia de estudiantes y profesionales en actividades de formación en los servicios de salud, y la responsabilidad del médico y el estudiante de los diferentes niveles educativos, lo cual es un avance positivo; coherente con las normas que regulan la relación docencia - servicio, como el Decreto 2376 de 2010, y el Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad en Salud.

5.13. En el artículo 47, referente a la Protección de datos personales, podría señalarse que deberá tenerse en cuenta la normatividad vigente (v. gr. ley de *habeas data*).

5.14. En cuanto a los artículos 51 y 57, se establecen como uno de los requisitos para ser magistrado del Tribunal Nacional o de los Tribunales Seccionales de Ética Médica el de “Haberse distinguido en el ejercicio de su profesión”. Dado que la “distinción” es un concepto amplio, que puede resultar ambiguo y generar diversas Interpretaciones, se propone precisar o revisar este requisito para facilitar su interpretación y verificación en el momento de evaluar las hojas de vida de los médicos que sean postulados para integrar los Tribunales. Temas como la experiencia docente, su participación en investigaciones y la publicación de documentos técnico - científicos, pueden ser elementos a considerar, como está previsto en la Ley 23 de 1981.

5.15. Frente al artículo 54, es dable revisar la elección de los Magistrados de los Tribunales Seccionales,

⁶² Guerrero, M. & Gómez, D. “Enseñanza de la ética y la educación moral, ¿permanecen ausentes de los programas universitarios?”. Revista Electrónica de Investigación Educativa, 15(1). En: <http://www.scielo.org.mx/pdf/redie/v15n1/v15n1a10.pdf> [Consulta realizada el 16 de marzo de 2016].

toda vez, que el proyecto menciona que en caso de no contar con Asociaciones Científicas que propongan candidatos, el Tribunal Nacional podrá designarlos, escogiéndolos del cuerpo médico de la respectiva sección geográfica. Aquí, se sugiere que el proceso de selección de los magistrados garantice la participación de las organizaciones médicas, como un mecanismo para fortalecer la profesión.

5.16. Ya en materia del proceso que se adelante, regulado en los artículos 65 a 99 de la propuesta, se observa:

- Las circunstancias de agravación (art. 90) son precarias. Al efecto podían tornarse las previstas en el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011 o la ley disciplinaria de los servidores públicos o de quienes ejercen funciones públicas o la propia Ley 1437 de 2011 (art. 50) siempre que se adapten, incluso no debe pasarse por alto los eventos que atenúan la sanción.

- La solicitud de pruebas por parte del procesado es una facultad, por lo que debe aclararse dicha posibilidad. Es más, la posibilidad de pruebas también debe garantizarse una vez formulados los cargos, como uno de los elementos de la defensa.

- A todo esto, no sobra indicar que la Corte Constitucional⁶³ ha insistido que el régimen sancionatorio administrativo debe estar caracterizado, entre otros, por los siguientes elementos:

- Tipicidad, o descripción clara de la conducta sancionable.

- Consecuencia por incurrir en la conducta, *v. gr.*, la sanción. Debe, igualmente, estar plenamente determinada de tal forma que no se deba acudir a analogías o adaptaciones normativas.

- Culpabilidad.

- Proporcionalidad de la sanción, vale decir, correspondencia entre el comportamiento sancionante y el resultado a que ello conduce.

- De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, la reserva de una investigación en materia disciplinaria no puede cobijar todo su trámite⁶⁴. A juicio de la Corporación, el proceso se vuelve público cuando se ha efectuado la práctica de pruebas. De esta forma, el artículo 83 del proyecto denota un exceso en la reserva.

- Finalmente, se ha discutido la pertinencia de la remisión al Código de Procedimiento Penal (art. 100) como una de las fuentes. Sería importante brindar un jerarquía con base en la naturaleza del procedimiento si, además, se tiene en cuenta que la Ley 1437 de 2011 construyó un procedimiento sancionatorio (arts. 47 a 52) el cual podría aplicarse en un primer nivel.

Conclusión

En ese orden, se considera necesaria y pertinente la revisión y actualización del Código de Ética Médica, advirtiendo que por ser uno de los instrumentos históricos de la autorregulación de la profesión médica, es

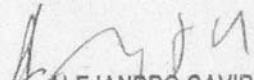
⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-379 de 23 de abril de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁴ *Cfr.* CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-038 de 5 de febrero de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que declaró exequible el artículo 33 de la Ley 190 de 1995: “pero únicamente bajo el entendido de que la reserva que en ellos se consagra se ha de levantar tan pronto se practiquen las pruebas decretadas en la oportunidad legal y, en todo caso, una vez expire el término señalado en la ley para la investigación”.

esa misma comunidad la llamada a liderar y a definir las normas éticas que regirán su ejercicio profesional. Adicionalmente, se plantean una serie de observaciones tanto de inconveniencia como de inconstitucionalidad que se deben atender so pena afectar la regulación.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia.

Atentamente,



ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los diez (10) días del mes de mayo del año dos mil dieciséis (2016)

En la presente fecha se autoriza la publicación en *Gaceta del Congreso* de la República, las siguientes consideraciones:

Conceptos: Ministerio de Salud y Protección Social

Suscrito por: Alejandro Gaviria Uribe, Ministro de Salud y Protección Social

Título del Proyecto de ley número 24 de 2015 Senado, por medio de la cual se crea el nuevo Código de Ética Médica

Número de folios: Cuarenta (40) folios

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: martes diez (10) de mayo de 2016

Hora: 9:00 a. m.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5 del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

Cordialmente,

El Secretario



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del H. Senado de la República

CONCEPTO JURÍDICO DE LA ANDI AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 067 DE 2015 CÁMARA

DOCUMENTO

Normas Laborales Especiales para Tripulaciones Aéreas

Comentarios al Texto Radicado ante la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) inspirada en el bien común, en la democracia participativa y en la búsqueda del mayor desarrollo

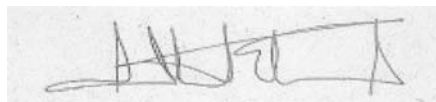
y beneficio social para los colombianos, se permite presentar sus opiniones con respecto del proyecto de ley de referencia.

El proyecto de ley dicta una serie de normas que regulan particularidades de la actividad de las tripulaciones en Colombia y genera un marco normativo de mayor protección para los tripulantes colombianos. Sin embargo, algunos elementos contenidos en el texto, como el aumento de los límites de la jornada laboral límites al tiempo de vuelo, el aumento de horas de descanso por tiempos de vuelo, el incremento de días libres y de vacaciones, de semanas de licencia de maternidad, entre otros aspectos, son un amplio listado de reivindicaciones que un sector de trabajadores puede plantear legítimamente a sus empleadores para resolver y acordar las condiciones laborales particulares que gobiernen su relación.

Por ello, dar trámite legislativo a estas peticiones, puede debilitar el rol que juegan las organizaciones sindicales en sus relaciones de negociación sindical con la empresa, en la medida que los asuntos que les son propios se trasladen a la esfera del Congreso de la República. En efecto, la garantía del derecho de asociación depende en gran medida, de la ausencia de intervención del Estado en el ejercicio de la libertad de los asociados y en sus relaciones con su contraparte.

Por último, se llama la atención sobre las implicaciones de impacto fiscal y aumento de los costos laborales que pueden derivar del proyecto. La industria aeronáutica es clave para la conectividad nacional e internacional y con ello para hacer efectivos los propósitos del modelo económico de internacionalización que ha asumido Colombia, cuyos resultados exigen mayor competitividad de todos los eslabones de la cadena logística, los cuales se ven afectados por las exigencias de la iniciativa en comento.

Cordialmente,



Alberto Echavarría Saldarriaga
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos

Bogotá, noviembre 18 de 2015

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintinueve (29) días del mes de abril del año dos mil dieciséis (2016)

En la presente fecha se autoriza la publicación en *Gaceta del Congreso* de la República, las siguientes consideraciones:

Conceptos: Del ANDI

Refrendado por: Alberto Echavarría Saldarriaga, Vicepresidente de Asuntos Jurídicos

Al Proyecto ley número 170 de 2016 Senado, 067 de 2015 Cámara (acumulado con el Proyecto de ley número 008 de 2015 Cámara)

Título del Proyecto: *por la cual se modifica la cotización mensual al Régimen contributivo de Salud de los Pensionados*

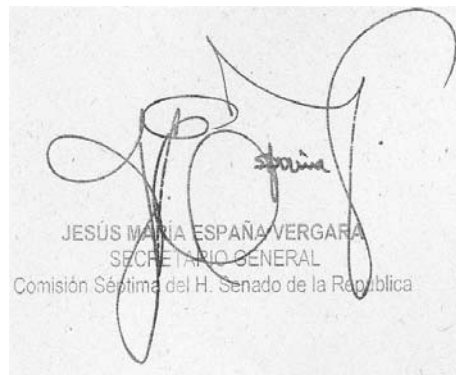
Número de folios: Uno (01)

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: veintinueve (29) de abril de 2016

Hora: 4:45 p. m.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5 del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del H. Senado de la República

CONTENIDO

Gaceta número 272 - Lunes, 16 de mayo de 2016
SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS	Págs.
Informe de ponencia para primer debate y texto propuesto al Proyecto de ley número 150 de 2016 Senado, por la cual se modifica la Afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones	1
CONCEPTOS JURÍDICOS	
Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 61 de 2015 Senado, por la cual se fija el alcance del mandato establecido en el inciso 1° del artículo 35 de la Ley 1ª de enero 10 de 1991	2
Concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto de ley número 24 de 2015 Senado, por medio de la cual se crea el nuevo Código de Ética Médica	6
Concepto jurídico de la ANDI al Proyecto de ley número 067 de 2015 Cámara	23