



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XIX - N° 883

Bogotá, D. C., miércoles, 10 de noviembre de 2010

EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD

SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

www.secretariasenado.gov.co

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO

SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA

www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

**PONENCIA PARA PRIMER DEBATE
AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO
NÚMERO 17 DE 2010 SENADO,**

090 DE 2010 CÁMARA

*por el cual se adiciona el párrafo del artículo
183 de la Constitución Política de Colombia
(primera vuelta).*

Honorables Senadores:

Por encargo que recibiera de la Presidencia de la Comisión Primera del Senado, rindo ponencia para primer debate al proyecto de ley cuyo título encabeza este escrito, el cual pretende adicionar el párrafo del artículo 183 de la Constitución Nacional.

El proyecto de reforma constitucional fue presentado por un amplio grupo de parlamentarios e inició su trámite legislativo en primera vuelta en la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Representantes en septiembre de 2010. Su aprobación se alcanzó el 29 de ese mismo mes y año. A su turno, la Plenaria de la Cámara lo aprobó con modificaciones a su texto el 12 de octubre del año en curso.

La columna vertebral del proyecto de acto legislativo es su artículo primero. Ambiciona adicionar al párrafo del artículo 183 superior un inciso cuyo texto establece que cuando los congresistas participen en el proceso legislativo no tendrá aplicación la causal primera en lo referente al régimen de conflicto de intereses.

El artículo 183 de la Carta Política trata de la pérdida de investidura de los congresistas y señala las causales que, eventualmente, la generan. La primera de ellas es la violación del régimen de in-

habilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. De otro lado, al artículo 183 lo integra un párrafo que establece una excepción a la aplicación de ciertas causales cuando medien las circunstancias señaladas en él. Es allí en donde los autores de este Acto Legislativo esperan incorporar un segundo inciso –que pasaría a ser el primero– para crear una excepción adicional a la pérdida de investidura de un Congresista en el evento que se presenten las razones en él concebidas.

A juicio de este Ponente no es dable establecer impedimentos que guarden relación con textos constitucionales. La carta... prevenir esta dramática sanción cuando quiera que un Congresista se encuentre inmerso en un ocasional conflicto de intereses nacido de la intervención en un proceso legislativo constituyente, es saludable toda vez que con su actuar el Congresista participa en la tarea de estructurar la norma de mayor jerarquía y es de su esencia la carencia de cualquier tipo de interés. La norma Constitucional, como ley fundamental de un Estado soberano, fija los límites y establece las relaciones entre los poderes públicos, garantiza a los asociados sus derechos, regula las relaciones de los hombres con el propio poder estatal y establece los preceptos a que debe ajustarse la creación de leyes. Frente al contenido constitucional, en el sentido material del que hablara Kelsen, es necio pensar que pueda haber conflicto de intereses para quien participa en su expedición. La Constitución en su sentido material contiene el proceso de creación de las normas jurídicas generales, las normas referentes a los órganos del Estado y sus competencias, y las relaciones de los hombres con el control estatal.

La jurisprudencia, por su parte, ha hecho claridad sobre las características que atañen al conflicto de intereses. Sin embargo, en el caso en que se discutan y voten Actos Legislativos la posición que han adoptado las Cortes Judiciales excluye, en principio, el conflicto de intereses cuando se discuten y votan actos legislativos debido a que ellos se limitan a declarar valores, principios y derechos de carácter absolutamente general y a establecer regulaciones fundamentales sobre la organización y funcionamiento del Estado. Son temas generales frente a los cuales difícilmente podría predicarse un interés particular. A contrario sensu, el conflicto de intereses se produce cuando la materia regulada en la norma que se estudia y/o vota tiene relación directa con un interés particular del Congresista al punto que este último pierde su imparcialidad y objetividad frente a la norma.

El Ponente transcribe el aparte más destacado que sobre el tema contiene la Sentencia C-1040 de 2005 de la Corte Constitucional. Dicho texto fue, también, citado en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes debido a su precisión conceptual y dice:

“La regla general es que no cabe plantear impedimentos o recusaciones por conflicto de intereses con motivo del trámite de una reforma constitucional; estas figuras únicamente son procedentes en casos excepcionales en los que aparezca claramente demostrada la existencia de un interés privado concurrente en cabeza de un miembro del Congreso. Como por regla general las reformas constitucionales afectan por igual a todos los colombianos, independientemente de su condición o no de parlamentario, es inusual que algún congresista se encuentre particularmente privilegiado o perjudicado por un acto legislativo, y que, por lo mismo, de él se predique un conflicto de intereses. No se deben confundir, de un lado, los intereses políticos –inevitables en el ámbito parlamentario y sobre todo cuando se trata de reformar la Constitución– los cuales pueden concurrir con los intereses generales, con los denominados intereses meramente privados que, de otro lado, sí están excluidos por la figura del conflicto de intereses –tales como los intereses económicos particulares del congresista o los intereses meramente personales y subjetivos de orden no político–. De admitirse que los intereses políticos a favor o en contra de una reforma constitucional inhiben a los congresistas de participar en su tramitación, muchas normas de la Carta se tornarían irreformables o pétreas, como por ejemplo todas las normas sobre el Congreso de la República, las elecciones, los partidos, la relación entre el gobierno y la oposición y las entidades territoriales”.

La especialidad intrínseca de la norma constitucional hace necesario un tratamiento igualmente especial en todo aquello que tiene relación directa con la norma misma, incluido el proceso de su formación. La expedición o la reforma de un precepto superior no puede involucrar intereses particulares

puesto que su carácter general y abstracto impide la posibilidad de beneficios particulares directos.

Ahora bien: el régimen de conflicto de intereses y el de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas, contemplado en la causal primera del artículo 183 de la Carta Política, se creó a partir de la Constitución de 1991 con el propósito de garantizar la transparencia de la función parlamentaria y legislativa y garantizar que la actuación de los Congresistas protegieran el interés general evitando los excesos y abusos de poder. El conflicto de interés solo es predicable frente a la norma de menor jerarquía en razón a que la materia regulada puede favorecer de manera directa al congresista. En todo caso, para que se configure el conflicto, el interés debe ser directo al momento de la votación del proyecto y el beneficio perseguido debe ser un beneficio real. El beneficio hipotético inhibe la presencia del conflicto de interés.

El Ponente quiere llamar la atención de los miembros de la Comisión Primera del Senado en relación con otro aspecto frente al cual el régimen de conflicto de intereses podría exceptuarse: la expedición de códigos o conjuntos de leyes sistemáticas para regular una determinada materia y las reformas que ellos puedan sufrir siempre que se trate de reformas integrales. Estas recopilaciones temáticas unificadas, demasiado extensas, de las cuales es especialmente predicable la generalidad y la abstracción, merecen ser discutidas, estudiadas y votadas por la totalidad de los miembros de una y otra Cámara, sin consideración a la presencia de eventuales conflictos de intereses. Son compilaciones tan vastas que el derecho les reconoce autonomía y, sin equívocos, de ellas podríamos afirmar, como lo afirmara la Corte de los actos legislativos, que es inusual que algún congresista se encuentre particularmente privilegiado o perjudicado por su expedición o su reforma integral y pueda verse inmerso, con su actuar, en un conflicto de intereses particulares.

Es esta una sugerencia que el Ponente desea dejar a consideración de los miembros de la Comisión Primera para que, en su sano criterio, decida la conveniencia o inconveniencia de su estudio y aprobación.

Por las razones anteriores, el Ponente se permite proponer a los miembros de la Comisión Primera del Senado, “dese primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 17 de 2010 Senado, 090 de 2010 Cámara, por la cual se adiciona el párrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia (primera vuelta), conforme al texto aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes”.

De la Plenaria,

Roberto Gerlén Echeverría.

**PONENCIA PARA PRIMER DEBATE
AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO
NÚMERO 18 DE 2010 SENADO**

*por medio del cual se reforma el artículo 49
de la Constitución Política.*

Bogotá, D. C., noviembre 10 de 2010.

Honorable Senador

EDUARDO ENRÍQUEZ MAYA

Presidente

Comisión Primera Constitucional Permanente

Honorable Senado de la República

Ciudad

Honorable Senador:

En cumplimiento a la designación hecha por la Presidencia de la Comisión Primera del Senado de la República, y conforme a lo dispuesto en el artículo 156, presento ponencia para primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 18 de 2010, *por medio del cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política*, la cual abordo teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Objeto del acto legislativo

Esta iniciativa tiene por objeto que la salud sea considerada un derecho humano fundamental, autónomo basado en la protección de la dignidad de las personas, cuya garantía integral está a cargo del Estado, conforme a los principios de universalidad, equidad, solidaridad, concertación, participación social, calidad y calidez.

2. Antecedentes

El Proyecto de Acto Legislativo número 18 es de iniciativa de los honorables Senadores Luis Carlos Avellaneda Tarazona, Jorge Enrique Robledo, Mauricio Ospina, Gloria Inés Ramírez, Alexander López Maya, Camilo Ernesto Romero, Iván Moreno Rojas y los honorables Representantes a la Cámara Iván Cepeda Castro, Hernando Hernández y Alba Luz Pinilla radicado en la Secretaría General de Senado el 21 de octubre de 2010 y enviado a la Comisión Primera Séptima Constitucional permanente el día 2 de noviembre del presente año y publicado en la *Gaceta del Congreso* número XXX de 2010.

3. Justificación de la iniciativa

La crisis que la salud ha tenido, a lo largo del tiempo de implementado el Sistema General de Seguridad Social de Salud – SGSSS, tiene su origen en la fragmentación impuesta por la visión economicista, soportada en la lógica del mercado, la cual no comprende que el desarrollo integral del ser humano pasa por el disfrute que este tenga de un pleno estado de salud, situación no dependiente en forma exclusiva de sus condiciones físicas, sino de una relación directa con factores ambientales,

tales como el acceso a la educación, al agua potable, a una seguridad alimentaria, a la disposición de infraestructuras que reduzcan el contacto con vectores, portadores de agentes patógenos, la reducción y o la eliminación de la contaminación auditiva, del aire, de las aguas, entre otras, así como el acceso a servicios de salud en forma oportuna y en condiciones de calidad y la garantía de entornos sociales que permitan su autonomía.

Lo anterior exige la comprensión de la salud como un derecho humano fundamental, cuya garantía debe ser planificada en forma transectorial y descentralizada, con el fin de reconocer las particularidades de los individuos y las comunidades.

El disfrute de este derecho fundamental, en las sociedades modernas y en especial a partir de la formalización del concepto de seguridad social y su entendimiento como responsabilidad del Estado, pasa por la generación y promulgación de políticas públicas que identifiquen y reconozcan las necesidades que tienen sus habitantes para la conservación o la recuperación de la salud.

Sin embargo, muchos estados modernos, entre ellos Colombia, no han logrado constituir infraestructuras que garanticen a sus habitantes el mantenimiento de un estado de salud pleno. En la mayoría de estos casos, dicha deficiencia pasa por decisiones de orden económico, bajo las cuales se orientan las políticas públicas, priorizando factores de teoría o restricciones presupuestales, sobre las necesidades sentidas de millones de personas que terminan falleciendo o llevando una vida llena de limitaciones que les impiden el pleno desarrollo de sus capacidades vitales.

En la búsqueda de encontrar una solución integral a esta problemática social, surge el presente proyecto de acto legislativo, el cual tiene como objetivo garantizar a los colombianos el goce pleno de una salud, sin ningún tipo de discriminación social, económica, educativa, étnica, cultural o de género y lograr la consolidación del Estado Social de Derecho, concepción acogida por Colombia, en el artículo primero de la Constitución Nacional, promulgada en 1991.

4. Propuestas incorporadas en el proyecto de acto legislativo

A continuación se procede a dar explicación a las modificaciones incluidas en el proyecto de acto de legislativo.

4.1 La salud derecho humano fundamental

El objetivo del presente acto legislativo, es el elevar a grado de derecho humano fundamental la salud, dicha pretensión se soporta en las obligaciones que ha adquirido el Estado Colombiano al suscribir diversos tratados y acuerdos internacionales, así como, en las múltiples jurisprudencias que en tal sentido ha proferido la Corte Constitucional,

desde la creación del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

4.1.1. Tratados y Acuerdos Internacionales

En los tratados internacionales la salud ha sido incluida como derecho fundamental, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proferida en el año de 1948, la cual expresa en su artículo 25, lo siguiente:

(...)

“Artículo 25

1. *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*

2. *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social. (...)*”.

Este artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha sido guía para la elaboración de pactos regionales y se han incorporado a la mayoría de las constituciones de los países miembros de las Naciones Unidas.

Para el caso americano, cobra importancia el destacar los contenidos del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, el cual fue promulgado en el año de 1988, que dentro de sus contenidos expresa acerca de la seguridad social, la salud, el medio ambiente y la nutrición, lo siguiente:

“(…) Artículo 9°. *Derecho a la Seguridad Social*

1. *Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.*

2. *Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.*

Artículo 10. Derecho a la Salud

1. *Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.*

2. *Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:*

a) *La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;*

b) *La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;*

c) *La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;*

d) *La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;*

e) *La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y*

f) *La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.*

Colombia ha ratificado tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como el Protocolo de San Salvador, por ende, el Estado colombiano se encuentra obligado a dar cumplimiento a los contenidos de los mismos, estableciéndose que el Estado debe garantizar a sus ciudadanos la vida, lo cual se logra si el ser humano puede contar con unas condiciones de dotaciones básicas que le permitan llevar una vivencia digna. Para alcanzar este objetivo, es determinante que la salud deba ser responsabilidad del Estado cumpliendo los principios de universalidad, equidad, solidaridad, concertación, participación social, calidad y calidez.

4.1.2. La Salud en la Legislación Colombiana

En lo referente a la legislación colombiana, la Constitución Nacional de 1991 estableció en su artículo 49 lo siguiente:

(...) “**Artículo 49.** *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y deter-

minar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad” (...).

De lo anterior se desprende que el espíritu del legislador, no fue el considerar a la salud como un derecho fundamental, sino como un servicio público, el cual debe garantizarse por parte del Estado a los ciudadanos, ya sea en forma directa o a través de la participación de los particulares, dando vía libre a la inclusión de modelos de prestación de servicios de salud, soportados bajo los principios de la teoría del mercado, transformando con ello la salud en una mercancía, que se adquiere por parte de quien tenga la posibilidad económica, afectándose con ello la dignidad humana y en muchos casos la vida misma.

4.1.3. La Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional.

Al poco tiempo de implementada la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional por medio de sentencias, hizo conexas la salud con el derecho fundamental a la vida, tal y como está expresado en la Sentencia T-102 de 1998, así:

“(…) En el evento en que la atención a la salud y la protección de la vida humana se vinculan de tal forma que una y otra protección no pueden escindirse, el derecho fundamental subsume al derecho de prestación, porque lo que importa entonces es la defensa inmediata de la vida, que es un derecho supremo, que conlleva por contera la protección de la salud. No es que el derecho a la salud haya mutado su naturaleza, sino que por las circunstancias extraordinarias dentro de las cuales puede desenvolverse, debe recibir también un tratamiento extraordinario como el que se le otorga al derecho a la vida, es decir como fundamental” (...).

Este avance jurisprudencial les ha permitido a muchos colombianos y colombianas, amparar su derecho a la salud, mediante acciones de tutela interpuestas ante los jueces de la República, cuando se violenta su derecho por parte de entidades privadas y públicas. Al respecto, según el estudio presentado por la Defensoría del Pueblo en el año 2009, en el período comprendido entre 1999 a 2008, se han interpuesto 1.951.341 acciones de tutela para amparar el derecho a la salud, de este total el 86% favoreció a los accionantes; el 78,1 son interpuestas contra las EPS de los regímenes Contributivo y Subsidiado, convirtiendo a estas

empresas en las que más infringen este derecho fundamental, situación agravada por el hecho que el 53,4% de las tutelas corresponden a servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud - POS.

Dada la magnitud del número de tutelas, la Corte Constitucional abordó esta temática en forma amplia y como resultado de este proceso profirió la Sentencia T-760 de 2008, expresando lo siguiente:

“(…) El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna” (...).

De igual forma, la misma sentencia, define con claridad qué debe ser entendido por dignidad humana, al definirla de la siguiente forma:

“(…) el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la ‘libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle’ y de ‘la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad’, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.

En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.

Es así como la vulneración de la dignidad humana se conecta con el derecho a la salud haciendo posible deprecar la protección del Estado me-

diante tutela, de cualquier servicio de salud cuya negación impida el desarrollo de las potencialidades del individuo en la sociedad. (...)”.

Por tanto, la Corte Constitucional enmarca la salud como un derecho fundamental.

Bajo estos fundamentos, el presente acto legislativo, modifica el primer párrafo del artículo 49 de la Constitución, transformando a la salud a derecho humano fundamental.

4.2 Cobertura universal y equidad

A pesar que el artículo 49 plantea dentro de sus principios los de universalidad, solidaridad y eficiencia, estos no han sido cumplidos a lo largo de 17 años de implementación de la Ley 100 de 1993, se evidencia en la no igualación de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud para los regímenes contributivo y subsidiado, situación que se muestra en la siguiente tabla:

Cobertura del SGSSS a marzo de 2009			
Contributivo		17.006.391	38%
Subsidiado	Pleno	23.804.788	53%
	Parcial	1.115.789	2%
Total		41.926.968	93%
Población no cubierta		3.073.032	7%
Total población		45.000.000	100%

Fuente: Informe del CNSSS período 2008-2009.

Cálculos realizados por el autor.

En cuanto a la equidad de los contenidos de los planes de beneficios de los regímenes, si los evaluamos con base en la relación existente entre el valor de la UPC para el contributivo y los subsidios pleno y parcial, definida por la Comisión de Regulación en Salud – CRES para el año 2010, se puede establecer que la cobertura del subsidio pleno, alcanza el 58% de la UPC del contributivo, valor menor para el caso de los subsidios parciales que se ubica en un 23%.

Equidad entre UPC de los POS de los Regímenes Contributivo y Subsidiado			
Subsidiado	Pleno	\$281.836	58%
	Parcial	\$111.325	23%
Contributivo		\$485.013	100%

Fuente: Acuerdo 09 de 2009 de la CRES.

Cálculos realizados por el autor.

De lo anterior, se puede concluir, que la cobertura plana del SGSSS alcanza al 93% de la población y se logra con base en generar una gran inequidad entre las coberturas brindadas por los regímenes del sistema, evidenciándose un incumplimiento de los principios constitucionales de eficiencia, solidaridad y universalidad, expresados en el artículo 49 Superior.

Esta inequidad ha producido un aumento en el número de recobros por comités técnico-científicos y tuteladas, que según datos a diciembre 15 de

2009, reportados por el Ministerio de la Protección Social, alcanzaron para el caso del régimen contributivo, un monto de \$2.050.216.972.289, lo cual impulsó la fallida declaratoria de emergencia social y fue posteriormente la base que generó la reforma tributaria promulgada en la Ley 1393 de 2010.

En consecuencia, es indispensable que una propuesta orientada a buscar soluciones a la anterior situación, deba estar orientada a lograr la universalidad y la equidad, tal como se propone en el presente acto legislativo.

4.3. Concepto de salud y definición de atención primaria en salud

Otro vacío que pretende solucionar el presente acto legislativo, es el referente, a cómo debe ser entendido el concepto de salud, el cual ha evolucionando con el tiempo, gracias a la comprensión que se ha logrado del ser humano y sus relaciones sociales y culturales; los avances tecnológicos también han implicado un redimensionamiento de la comprensión de la salud. Cabe anotar, que el concepto de salud que tiene una sociedad, refleja su cultura y por ende su concepción moral y sus valores.

Al finalizar la segunda Guerra Mundial, surgió una comprensión moderna de la salud, que advino con la Carta de Constitución de la Organización Mundial de la Salud del año 1946, definiendo la salud “como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades”, dando una dimensión que trasciende el enfoque biológico, para integrar una visión que contempla la aceptación y el equilibrio del ser humano consigo mismo y con su entorno.

En una concepción más amplia, la Organización Mundial de la Salud, planteó en 1997 el siguiente concepto: “La salud es aquello a conseguir para que todos los habitantes puedan trabajar productivamente y participar activamente en la vida social de la comunidad donde viven”, el cual involucra un sentido dinámico a la misma y correlaciona con claridad el entorno con el ser humano.

En Colombia, la Corte Constitucional en su Sentencia T-760 de 2008, acogió como salud para efectos jurisprudenciales, las siguientes nociones:

“La jurisprudencia constitucional, desde su inicio, ha reconocido que la salud “(...) es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo”. La ‘salud’, por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no solo consiste en la ‘ausencia de afecciones y enfermedades’ en una persona. Siguiendo a la OMS, la jurisprudencia constitucional ha

señalado que la salud es 'un estado completo de bienestar físico, mental y social' dentro del nivel posible de salud para una persona. En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. En estado (sic) social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluriétnico (sic) y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia".

Por las razones expuestas, se puede establecer que la relación existente entre la salud y la dignidad humana, hace que para la satisfacción de este concepto, la salud no puede limitarse a un acto netamente operativo de atención, sino que debe comprenderse en una forma integral. Consecuencialmente, por este motivo se incorpora un párrafo que inicia definiendo la salud como el mejor desarrollo de las potencialidades y capacidades humanas, así como el acceso a los servicios y riquezas que la sociedad ha acumulado para hacer posible el bienestar, el buen vivir y la calidad de vida de los seres humanos, para continuar expresando que su materialización se realizará en una visión amplia de la salud pública que incorpore un sistema de atención integral y una articulación de las políticas públicas que permita afectar los determinantes sociales de la salud, con perspectiva poblacional y territorial.

El texto prosigue expresando que la atención se fundamentará en la estrategia de Atención Primaria en Salud, acogida en la Declaración de Alma Ata de 1978; en la cual la OMS, en el marco de la celebración de los 25 años de esta declaración y del informe de la salud en el mundo de 2003, propuso a todas las naciones retomarla como estrategia central para superar las inequidades en salud y, de esta manera, alcanzar las metas del milenio aprobadas al comenzar el siglo XXI.

La estrategia APS debe ser entendida como toda una reorganización de los servicios curativos y preventivos, entorno a fundamentos tales como la educación en salud, la protección, el diagnóstico, el tratamiento, la atención de la enfermedad y la rehabilitación de las discapacidades, el respeto del acto del profesional de la salud, la intersectorialidad necesaria para lograr mejores condiciones de alimentación y vivienda para todos los habitantes de un territorio, un uso más eficiente de los recursos físicos, financieros y del talento humano y la planeación y control de los mismos con una amplia participación comunitaria, todos ellos incorporados en el texto modificatorio propuesto.

Pero además, la crisis de salud pública y económica que ha enfrentado el sistema, encuentra sus

causas en el descuido que el modelo de aseguramiento, establecido en la Ley 100 de 1993, ha tenido con la promoción y prevención de la enfermedad, lo cual se refleja en los siguientes resultados:

- El aumento de la mortalidad causada por patologías evitables a pesar del incremento de recursos existentes en el sistema, factor agravado, si se tienen en cuenta los hallazgos de una publicación de la Universidad de Antioquia, la cual sustenta que los estudios de mortalidad en Colombia han subestimado las tasas reales debido al alto subregistro del número total de muertes, lo que indicaría que las tasas reales de mortalidad serían superiores.

- De acuerdo a las investigaciones revisadas por Francisco Yepes y Luz Helena Sánchez, la situación del programa de control de tuberculosis es grave y refleja la sumatoria de efectos negativos de la forma como se adelantó la descentralización de la salud en el país y de la pérdida de liderazgo del Ministerio de la Protección Social, complementado por la fragmentación de la responsabilidad de los servicios, propiciado por la Ley 100 de 1993.

- La misma revisión, referida en el anterior ítem, encontró un aumento en la mortalidad materna y perinatal, así como de la sífilis congénita, a pesar del aumento de la atención institucional de la gestación y del parto, lo que solo sería explicable por una deficiente calidad brindada en los servicios de salud, proveídos por EPS e IPS de ambos regímenes.

- Baja cobertura en vacunación, en el período comprendido entre los años 1997 a 2002, que es un reflejo del desinterés, de las EPS y ARS, en brindar programas de prevención a sus afiliados, lo que, sumado a la desarticulación de los mismos con los PAB municipales, llevó a un punto crítico de cobertura en el año 1998, mostrando recuperación para los años 2001, 2002 y 2003, debido, en buena parte, a los logros obtenidos por la Ley 715 de 2001, que en su artículo 46 devuelve la responsabilidad de la vacunación a los municipios, brindándola a través de las actividades PAB, a todos sus habitantes.

- La incidencia de la Malaria en el país, que, aunque desde la década de los 60, ha venido en incremento, se acentúa de manera vertiginosa a partir de 1998.

- El aumento en la incidencia anual de dengue, en el período comprendido entre 1995 y 2001, en especial por incremento de casos de dengue clásico, registra un promedio anual en el quinquenio de 30.232 casos, con una tasa a mitad de período de 75.6 por 100.000 habitantes.

Teniendo en cuenta que, salud pública significa salud del público y responsabilidad pública por la salud, lo cual implica rectoría del Estado en todos sus niveles territoriales y pensando el problema de salud pública expresado en la aplicación del impe-

rativo ético consistente en responder a las necesidades sociales, diferenciadas por ciclo vital, etnia, género y contar con la información necesaria para fijarse metas de superación de inequidades, calidad de vida y salud de la población, se considera que la salud pública no puede quedar reducida a lo que hoy se denomina plan nacional de salud pública, ni a la “promoción y prevención” del actual sistema.

En consecuencia, es imperativo reorientar el sistema de salud hacia la integración de los servicios individuales y colectivos, preventivos y curativos, sectoriales y transectoriales, permitiendo el logro de una mejor calidad de vida y salud de las poblaciones en territorios específicos y desde la rectoría estatal, tal como se postula en los principios de la estrategia de Atención Primaria en Salud.

4.4. Autonomía del profesional de la salud

La relación profesional de la salud con el paciente, ha venido siendo constreñida por imposiciones de orden administrativo y económico impuestas por EPS e IPS, tales como la limitación en el tiempo de consulta, número y tipo de medicamentos que se pueden formular, en la solicitud de exámenes diagnósticos y remisión a cirugías y especialistas, entre otras, que ha llevado a un pésima calidad en la atención prestada a los afiliados al SGSSS y a una forzosa violación de los cánones de ética profesional por parte de los trabajadores del sector.

Estas prácticas quedan en evidencia, en el estudio realizado por la Defensoría del Pueblo, al revisar las causas que han generado el mayor número de tutelas durante el período 2006 a 2008, donde se halla que las cirugías con el 20,8%, los medicamentos con el 19,2% y los exámenes paraclínicos con el 18,65%, fueron los servicios más amparados.

4.5. Evaluación del sistema de salud y la eliminación de barreras de acceso

En cuanto a la evaluación del sistema se propone tener un enfoque encaminado al impacto y a la rentabilidad social, por encima de cualquier interés de generación de utilidades financieras. Para ello, se propone como meta deseable el mejoramiento en la calidad de vida de las poblaciones, gracias a que la salud se convierte, bajo esta propuesta, en el eje articulador de la mayor parte de las políticas públicas sociales, con lo que también se pretende trascender el enfoque asistencialista imperante en el SGSSS.

Adicionalmente, se incorpora un párrafo que desliga la garantía de acceso a los servicios de salud del pago por la obtención de los mismos, lo anterior, tiene como fin principal el eliminar los paseos de la muerte y en general todo tipo de barrera económica que impida la oportuna atención en salud, atentando contra la vida y la dignidad humana de los colombianos.

4.6. Red pública hospitalaria y relación laboral del personal de salud

El continuo desmonte de los subsidios a la oferta de servicios de salud, que recibía la red pública hospitalaria, ha producido como consecuencia el sostenido deterioro de sus presupuestos de inversión, ya que el modelo de demanda, guiado por los intereses de mercado y afectado por las asimetrías de información propias de los mercados imperfectos, como el de salud, permiten que jugadores con posiciones dominantes, acaparen los contratos generados y establezcan cláusulas preferentes en la relación asegurador prestador, poniéndola en serio riesgo y real desventaja.

Este fenómeno ha devenido en una continua desactualización tecnológica de la red pública hospitalaria y en un continuo recorte y rotación de sus plantas de personal, reduciendo su capacidad instalada, su oportunidad en la atención y su nivel científico e investigativo, lo que a su vez, se ha reflejado en la deficiente formación de las nuevas generaciones de profesionales de salud, ya que muchos de los prestadores públicos ostentan el estatus de hospitales universitarios.

Pero lo anterior se agrava, si se tiene en cuenta que el modelo de flexibilidad laboral, apoyado en la figura de las cooperativas de trabajo asociado y de agencias temporales de empleo, ha venido apoderándose de las formas de contratación de gran parte de los hospitales públicos, generando una alta inestabilidad laboral y una caída en cuanto a la calidad del empleo de todo el personal vinculado al sector salud, propiciando la aparición de consecuencias no deseadas, como el incremento en los errores médicos, asociados al estrés laboral, producto de largas jornadas laborales en distintos sitios de trabajo a las que tienen que verse sometidos para poder obtener un salario digno.

Es de anotar, que de acuerdo a un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo en el año 2007 en 310 municipios del país, con médicos que ejercían su profesión en ellos, se encontró que la situación socio económica ha decaído, ya que para el año 2001 el 56% de los médicos pertenecían a los estratos 5 y 6, mientras que para el año de desarrollo del estudio este porcentaje se correspondía a los niveles 3 y 4, ganando el 50% de ellos menos de \$2.900.000 mensuales. El 50% recibe salario fijo, el 15% salario por horas, el 11% por honorarios, 6% por paciente atendido. En cuanto a la afiliación a riesgos profesionales el 12% no lo está. Sus jornadas laborales son en promedio de 10 horas al día y al mes hacen 8 turnos nocturnos, se resalta que algunos profesionales de la salud tienen jornadas de 36 horas seguidas.

Bajo este modelo de flexibilidad laboral, además, surge como paradoja que el personal de salud responsable de uno de los ítems fundamentales de la seguridad social y de la calidad de vida de la sociedad, esté descubierto de cobertura de su propia seguridad social, ubicándolos en situaciones de alta vulnerabilidad frente a riesgos presentes, enfermar o sufrir un accidente laboral, y como futuros, envejecer o morir.

Por las causas expuestas, el acto legislativo, incorpora dos párrafos, uno orientado a proteger y fortalecer la red pública hospitalaria, en los aspectos de planta física, tecnología y talento humano, así como constituyéndola en el pilar fundamental del sistema de salud. Y el segundo, dirigido a proteger al personal de salud, al establecer que las relaciones laborales deben buscar su dignificación, mediante el respeto de los derechos a la estabilidad laboral y a la asociación, para lo cual se prohíbe toda forma de intermediación laboral en el sector salud.

4.7. Eliminación del ánimo de lucro en el sector salud y de la intermediación financiera

Finalmente, la propuesta plantea que todas las instituciones que hagan parte de la garantía del derecho a la salud, deben ser entidades sin ánimo de lucro. Lo anterior, con el fin de impedir el enriquecimiento de actores privados que convirtieron la salud en uno de los negocios más rentables del país, como se observa por parte del doctor Iván Jaramillo, al revisar el libro de Gilberto Barón, “Las Cuentas en Salud de Colombia 1993-2003”, antes de la Ley 100 de 1993 de cada \$100 pesos que existían en el sistema \$88 se gastaban en servicios de salud y ahora solo se gastan \$65; antes la inversión en infraestructura de salud era solo de \$2 de cada \$100, ahora es de \$5, pero lo más sorprendente es que antes \$10 de cada \$100 tenían otros usos y ahora son \$30 de cada \$100 los que se convierten en excedentes con otros destinos distintos a salud. Es decir, la intermediación financiera se queda con el 30% anual de los recursos disponibles, se ha duplicado la inversión en infraestructura y el gasto efectivo en salud ha disminuido a cerca del 65%, del total de los recursos disponibles en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Nuestra postura ha sido determinada en que los recursos con los que actualmente cuenta el SGSSS son suficientes y su problemática radica en su mala distribución entre los diferentes actores, tal y como se observa en el siguiente cuadro, en el que se compara el gasto en salud del año 2009 y un potencial escenario de redistribución de los recursos, teniendo como base para su cálculo los valores definidos por la CRES para la UPC del Régimen Contributivo y para las experiencias de cobertura universal con equidad de planes con el Régimen Subsidiado adelantadas en las ciudades de Cartagena y Barranquilla:

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL	GASTO 2009	POBLACION 2009	UPC 2009*	ESTIMACION COBERTURA UNIVERSAL EQUIDAD
REGIMEN CONTRIBUTIVO	12.860.667.742.121	17.290.000	485.762	8.398.824.980.000
REGIMEN SUBSIDIADO	6.649.880.055.621	23.805.000	379.866	9.042.710.130.000
POBLACION POBRENO AFILIADA	2.055.000.000.000	2.656.122	379.866	1.008.970.439.652
REGIMENES EXCEPTUADOS	2.640.702.905.412	1.226.878		2.640.702.905.412
TOTAL	24.206.250.703.154	44.978.000		21.091.208.455.064
GASTO 2009 - ESTIMACION				3.115.042.248.090

* La UPC estimada para la población no afiliada y para el régimen subsidiado, se estimó con base en la relación existente entre UPC Plan piloto equidad Barranquilla / UPC Contributivo 2010 (4% adicional)

Como se puede observar, en la tabla, los recursos con los que cuenta actualmente el SGSSS, son suficientes para brindar cobertura universal con

equidad en los planes de beneficios, sin barreras de acceso y generando un excedente de más de 3 billones de pesos, con el cual se podría dar respuesta a los recobros por eventos No POS acumulados a la fecha. Por tanto, consideramos que lo que le ha faltado al sistema es la decisión política de redistribuir los recursos del sistema en forma más eficiente.

5. Pliego de modificaciones

Finalmente y posterior a un análisis detallado de la redacción propuesta en el proyecto de acto legislativo y el texto original de la Constitución Política de 1991, se encuentra que por fuera de los planteamientos hechos por los autores, se dejaron los siguientes temas y se considera que es importante tenerlos en cuenta. En consecuencia, es indispensable restituir una serie de temas, los cuales se enumeran y se tendrán en cuenta en el pliego de modificaciones así:

1. *El entender la salud como un servicio público con una función social. Si bien se reconoce taxativamente, que la salud es un derecho fundamental, es imprescindible insertar el componente de servicio público, dentro de lo consagrado por la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia T-578 de 1992, que establece: “...Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas...”, lo anterior, brindando mayores garantías a los ciudadanos y ciudadanas en el momento de solicitar atención en salud por parte de la red hospitalaria.*

2. *Dar a los servicios de salud una organización descentralizada y por niveles de atención. Es de anotar, que a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, Colombia se constituye como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, las cuales deben tener libertad, para aportar en el desarrollo político, económico y social de nuestro país. En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-127 de 2002, con ponencia del HM. Alfredo Beltrán Sierra, establece: “...la descentralización y la autonomía de sus entidades territoriales en el espectro de la unidad nacional, de suerte que al amparo de una secuencia geográfica los territorios indígenas, los municipios, los distritos y los departamentos concurren política y administrativamente para dar asiento, forma y proyección a la fenomenología institucional de Colombia en tanto país democrático, participativo y pluralista. En este sentido quiso así el Constituyente armonizar las partes en un todo dinámico que rebasando la mera descentralización haga viables y trascendentes los derechos que asisten a las entidades*

territoriales para gestionar con autonomía sus intereses, esto es: para gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponde, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, participar en las rentas nacionales, y por supuesto, ejercer los controles que les atañe conforme a la Constitución y la ley...”. Así pues, por imperativo constitucional y de conveniencia es necesario restablecer la descentralización como técnica de gestión de los servicios de salud.

3. Establecer las competencias de las entidades territoriales y de los particulares y la función de inspección, vigilancia y control por parte del Estado.

4. Brindar un enfoque de atención preventivo a la atención del consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas. En consecuencia, se propone modificar la frase inicial del texto incluido en el Acto Legislativo número 2 de 2009, la cual expresa lo siguiente: “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, ya que consideramos que el uso de este tipo de sustancias debe ser considerado un problema de salud pública, tal como ya sucede en otras sociedades como España, Holanda y Canadá, en las cuales al adicto, el Estado lo acompaña en su proceso de desintoxicación, lo que en algunos casos incluye el suministro de las dosis que requiera el afectado, respetando siempre su libre albedrío y autonomía.

Además, al revisar el texto completo del acto legislativo, resulta incomprensible que, en primer término, el consumo de estupefacientes sea prohibido, para, en segundo término, darle un enfoque encaminado hacia la garantía del tratamiento al adicto. Si se analiza con detenimiento, se hace evidente que la prohibición se constituye en una barrera casi infranqueable para que el farmacodependiente pueda acceder al tratamiento, máxime si se tiene en cuenta que los procesos de desintoxicación requieren superar el síndrome de abstinencia, también conocido como de supresión, lo que significa que al adicto no se le pueda suspender bruscamente la dosis de droga que consume, en tanto que se le genera ansiedad y agresividad que resultan peligrosas, tanto para él como para las personas que lo rodean. Por tal causa, es necesario adelantar tratamientos que reduzcan paulatinamente la dosis empleada, hasta eliminar totalmente el consumo. Evidenciándose, que la prohibición se puede constituir en un bloqueo al tratamiento, ya que el adicto debe acceder a dosis, bajo manejo terapéutico, que le permitan abandonar paulatinamente el uso de las drogas.

En este sentido la Corte Constitucional en su Sentencia C-221 de 1994 expresó lo siguiente: “... Cuando el Estado resuelve reconocer la auto-

mía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Si la persona resuelve, por ejemplo, dedicar su vida a la gratificación hedonista, no injerir en esa decisión mientras esa forma de vida, en concreto, no en abstracto, no se traduzca en daño para otro. Podemos no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo. Son las consecuencias que se siguen de asumir la libertad como principio rector dentro de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia.

(...)

Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: “Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado”.

Y en cuanto a la posibilidad de considerar al castigo y al tratamiento obligatorio del adicto, la misma sentencia expresa:

“...Si, en una hipótesis meramente teórica –que la Corte no propicia ni juzga deseable– una sociedad de hombres educados y libres resuelve vivir narcotizada, nada ético hay que oponer a esa decisión. Pero si dichos supuestos se dan, es altamente probable que tal cosa no ocurra. La educación tiene por destinatario idéntico sujeto que el derecho: el hombre libre. Los shocks eléctricos, los cortes quirúrgicos y los tratamientos químicos no educan, inducen conductas irresistibles y, en esa medida, niegan brutalmente la condición moral del hombre, que es lo único que nos distingue de los animales.

(...)

No puede, pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada...”.

Por las motivaciones expuestas, consideramos que es pertinente cambiar la frase mencionada anteriormente por la siguiente: El Estado brindará especial atención al consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, entendiéndolo como un problema de salud pública.

6. Conclusión

De conformidad con el artículo 157 de la Ley 5ª de 1992, la ponencia debe concluir con la propues-

ta de tramitar el Acto Legislativo o de archivarlo. De acuerdo con el análisis antes efectuado, comedidamente solicito a la honorable Comisión Primera del Senado de la República la posibilidad de dar primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 18 de 2010 Senado, *por medio del cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política.*

7. Proposición final

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y el pliego de modificaciones adjunto, me permito proponer a los honorables Senadores de esta Comisión, aprobar en primer debate el Proyecto de Acto Legislativo número 18 de 2010 Senado, *por medio del cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política.*

Cordial saludo,

Luis Carlos Avellaneda Tarazona,
Senador de la República.

TEXTO PROPUESTO PARA EL PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 018 DE 2010

por medio del cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política.

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 49 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 49. La salud es un derecho humano fundamental, autónomo y un servicio público que tiene una función social, basado en la protección de la dignidad de las personas, cuya garantía integral está a cargo del Estado, conforme a los principios de universalidad, equidad, solidaridad, concertación, participación social, calidad y calidez. El Estado, a través de una política pública, garantizará a todas las personas el acceso a los servicios de promoción de la salud, prevención, atención de la enfermedad y rehabilitación de las discapacidades.

Se entiende por salud el mejor desarrollo de las potencialidades y capacidades humanas, así como el acceso a los servicios y riquezas que la sociedad ha acumulado para hacer posible el bienestar, el buen vivir y la calidad de vida de los seres humanos. Su materialización se realizará en una visión amplia de la salud pública que incorpore un sistema de atención integral y una articulación de las políticas públicas que permita afectar los determinantes sociales de la salud, con perspectiva poblacional y territorial, empleando como estrategias la atención primaria en salud, el respeto de la relación entre los profesionales de la salud con el paciente, así como en el uso transparente, planificado y pertinente de los recursos financieros, físicos, tecnológicos y del talento humano. El cumpli-

miento que el Estado dé a este derecho se evaluará por el impacto positivo que logre en la calidad de vida de la población.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada y por niveles de atención. El Estado establecerá las competencias de las diferentes entidades territoriales, de los particulares y ejercerá la inspección, vigilancia y control.

El acceso a los servicios de salud se garantizará según las necesidades de las personas, sin obstáculos económicos, ni relación de dependencia entre la capacidad de pago o el aporte económico y los beneficios obtenidos.

La red pública hospitalaria gozará de especial protección y será la base sobre la cual se implementará el sistema de salud; para lo que deberá fortalecerse en los aspectos tecnológicos, de planta física y talento humano.

Las relaciones laborales de los trabajadores del sector salud deben buscar la dignificación de las personas como actores del sistema, especialmente el respeto de los derechos a la estabilidad laboral y a la asociación. Se prohíbe toda forma de intermediación laboral en el sector salud.

Los recursos de la salud son públicos y administrados por el Estado. Queda expresamente prohibida la intermediación financiera de entidades privadas. Todas las instituciones que participen en la provisión de estos derechos serán entidades sin ánimo de lucro.

El Estado brindará especial atención al consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, entendiéndolo como un problema de salud pública. Para ello, con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo, el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Luis Carlos Avellaneda Tarazona,
Senador Ponente.

**PONENCIA PARA PRIMER DEBATE
AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 115
DE 2010 SENADO**

por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad de Conciencia, reconocido en el artículo 18 de la Constitución Política de Colombia.

Bogotá, D. C., octubre de 2010

Honorable Senador

EDUARDO ENRÍQUEZ MAYA

Presidente

Comisión Primera Constitucional Permanente

Senado de la República

Asunto: Ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 115 de 2010 Senado.

Respetado señor Presidente:

De conformidad con la designación que hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado, presento la ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 115 de 2010 Senado, *por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad de Conciencia, reconocido en el artículo 18 de la Constitución Política de Colombia.*

La ponencia contendrá lo siguiente:

1. Contenido del Proyecto de ley número 115 de 2010 Senado.
2. Argumentos de la exposición de motivos.
3. Concepto.
4. Proposición.

1. Contenido del Proyecto de ley número 115 de 2010 Senado

El Proyecto de ley número 115 de 2010 Senado, fue presentado por el honorable Senador Édgar Espíndola Niño, en la sesión plenaria del Senado de la República realizada el día 24 de agosto de 2010 y en la misma fecha fue remitida por competencia a la Comisión Primera del honorable Senado de la República; su contenido fue publicado en la *Gaceta del Congreso* número 547 de 2010.

El proyecto en mención cuenta con dieciocho artículos incluido el de su vigencia, organizados en IV Títulos que en su orden corresponden: A lo que podrían denominarse generalidades (Innominado); Derechos de los titulares de la libertad de conciencia; Prestación del Servicio Social y Sanciones por Violación al derecho a la Libertad de Conciencia.

El artículo primero establece el objeto de la ley, el segundo define la libertad de conciencia; el tercero la aplicación en relación con la igualdad, en el cuarto los límites a la libertad de conciencia; en el quinto las prohibiciones al ejercicio de la libertad de conciencia; el sexto se refiere a los derechos de los titulares de la libertad de conciencia y el

séptimo a la prueba para alegar la objeción de conciencia.

A su turno el artículo octavo se dedica a la prestación del servicio social sustitutivo del servicio militar, el noveno a la duración del servicio social, el décimo a la necesidad de presentarse en el lugar de reclutamiento para que opere el servicio social substitutivo; el undécimo al lugar de cumplimiento del servicio social, el duodécimo a la certificación de cumplimiento del servicio social, el artículo decimotercero a la expedición de la tarjeta de servicio civil.

El artículo decimocuarto se refiere a los instrumentos de protección de la libertad de conciencia, el decimoquinto a la competencia de los jueces para conocer de los instrumentos de protección; el decimosexto a las sanciones por obtener provecho del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, el decimoséptimo a las sanciones para las entidades que vulneren el derecho a la libertad de conciencia y el decimoctavo a la vigencia de la ley.

2. Argumentos de la Exposición de Motivos

El proyecto de ley estatutaria se propone con el propósito de fortalecer el respeto por la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales, incluido el de la libertad de conciencia; al efecto el autor relata la diferencia que existe entre el derecho a la libertad de conciencia y el de la libertad de cultos, especialmente el hecho que el primero tiene carácter absoluto y el segundo puede ser objeto de limitaciones “en aras de la protección del derecho de los demás al ejercicio de las libertades públicas y derechos fundamentales, y de la salvaguarda de la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, no puede ejercerse en detrimento de la libertad de conciencia”

Recuerda igualmente que en Sentencia C-728 de 2009, la Corte Constitucional, con ocasión del examen de constitucionalidad de la Ley 48 de 1993, exhortó al Congreso de la República para que, a la luz de las consideraciones de la Corte en la mencionada sentencia, regule lo concerniente a la objeción de conciencia frente al servicio militar y que realmente el legislativo no se ha ocupado de regular “este importante y fundamental derecho”.

Así mismo hace hincapié en que “Las normas internacionales más relevantes son aquellas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y en la Convención sobre Derechos del Niño”.

Y finalmente concluye lo expresado, dejando “al juicioso estudio de los honorables Congresistas el presente Proyecto de Ley Estatutaria sobre la protección del Derecho a la Libertad de Conciencia,

esperando que sea enriquecido en los diferentes debates y que se convierta en norma legal para el fortalecimiento de nuestro Estado Social de Derecho”.

3. Concepto

El proyecto de ley bajo análisis presenta algunos problemas jurídicos estructurales, a saber:

El primero de ellos se refiere a su pretensión de regular en la totalidad la libertad de conciencia pero su articulado se centra en la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio. Aunque en efecto, mediante Ley Estatutaria han de regularse los derechos fundamentales, los procedimientos y recursos para su protección, aquello no significa que en una sola ley se agoten las posibilidades de concretar el núcleo esencial de tales derechos.

En su artículo primero se incluye como objetivo el de “reglamentar” el derecho a la libertad de conciencia regulado en el artículo 18 constitucional y en los tratados internacionales, pero al hacerlo no solo opera la imprecisión técnica de atribuir al Congreso la función reglamentaria que corresponde al ejecutivo, sino que, por lo menos, en materia de Tratados Internacionales (se entiende que ya están ratificados por Colombia), se reiteran reglas que ya hacen parte del bloque de constitucionalidad, es decir, el proyecto se dirige a regular lo que ya se encuentra normado.

Cuando en el artículo segundo, con la buena intención de demarcar el ámbito de aplicación, se define lo que debe entenderse por libertad de conciencia, sin justificación alguna (ya que la exposición de motivos no se refiere a este punto), se replica una práctica reprochada por la H. Corte Constitucional, en el sentido que el Estado no debe imponer conceptos relevantes para establecer el modelo de vida, ni siquiera lo que constituye “la regla subjetiva de moralidad”, es decir, que no debe, aunque una *ius teória* así lo indique, eliminar del núcleo esencial de la libertad de conciencia, la libertad de culto puesto que la adherencia a “determinada religión, ideología o cuerpo de ideas” precisamente dan contorno a la objeción.

Dados los avances de la Constitución Política de 1991 en su artículo 3° y de la jurisprudencia constitucional, no es necesario que el artículo 3° del proyecto de ley, redunde en la protección a la igualdad y a la no discriminación por razones de conciencia; esta protección ya existe a un nivel superior.

El Título III incluye lo que en nuestro parecer debería ser el objeto exclusivo de esta ley cual es el ejercicio de la libertad de conciencia para objetar la prestación del servicio militar, aunque el articulado debe ser más exhaustivo acerca de las posibilidades de sustituir este servicio.

La previsión del artículo 10 del proyecto relativa a que “los Distritos Militares deberán establecer el procedimiento para la protección del derecho de

conciencia” atribuye a estas autoridades administrativas la definición de un asunto que es de competencia del legislador conforme a lo dispuesto por el literal a) del artículo 152 de la Constitución¹ y, que precisamente debe ser el objeto del proyecto. Es decir que, si con el proyecto se pretende dar cumplimiento a la exhortación formulada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-728 de 2009², ello necesariamente conduce a que sea el legislador quien se ocupe del procedimiento para hacer efectivo el reconocimiento de la objeción de conciencia.

El Título IV, relativo a las sanciones por violación del derecho a la libertad de conciencia en su artículo 15 atribuye la competencia a los jueces administrativos y promiscuos del circuito para conocer de las acciones dirigidas a la protección de la libertad de conciencia, acciones tales que, según el artículo 14 son la acción de tutela y las acciones internacionales (sic) de protección de Derechos Humanos. La definición de tal competencia, entonces, rompe las reglas sobre jurisdicción y competencia definidas para cada una de estas acciones, afectando incluso la competencia general que es propia de todos los jueces, en cuanto integran la jurisdicción constitucional, para la protección de los derechos fundamentales, entre ellos, por supuesto, la libertad de conciencia.

¹ De acuerdo con esta disposición “*Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección*”.

² La segunda determinación adoptada por la Corte Constitucional en la parte resolutive de esta sentencia dice: “*Exhortar al Congreso de la República para que, a la luz de las consideraciones de esta providencia, regule lo concerniente a la objeción de conciencia frente al servicio militar.*”

En las consideraciones de dicha sentencia se expresa:

“*En este caso, lo que en realidad se censura es que el legislador no haya expedido una ley que regule la objeción de conciencia en el ámbito del servicio militar; lo cual se mueve en el ámbito de una omisión legislativa absoluta. Distinto sería el evento de una ley que regulase la procedencia de la objeción de conciencia, estableciese unos supuestos generales para ello y omitiese incluir al servicio militar entre las hipótesis en las cuales puede plantearse la objeción. En ese caso, en relación con esa norma, podría predicarse la existencia de una omisión legislativa relativa.*

Reitera la Sala que en esta oportunidad se está ante una omisión legislativa absoluta, por cuanto, no obstante que, como se ha puesto de presente en esta providencia, existe un derecho subjetivo a oponerse a la prestación del servicio militar por consideraciones de conciencia, el legislador no ha desarrollado la norma constitucional en este campo, para regular, entre otros aspectos, las condiciones en las que puede hacerse efectivo el derecho, el procedimiento para obtener su reconocimiento, la fijación de una cuota de compensación militar, o la previsión de un servicio social alternativo.

Advierte la Sala que, tal como se ha manifestado en otras ocasiones, la omisión del legislador, si bien dado su carácter de absoluta, no puede ser suplida por una decisión integradora de la Corte en sede de control abstracto de normas, no implica que el derecho a la objeción de conciencia, incluido el que se plantea frente al servicio militar, no pueda ejercerse, sino que en tal caso se aplica de manera directa la Constitución y el derecho puede hacerse valer, cuando sea necesario, por la vía de la acción de tutela”.

Tales son nuestros reparos al proyecto de ley estatutaria sobre el cual nos ha correspondido rendir informe de ponencia para primer debate, lo cual en principio determinaría presentar una proposición de archivo. No obstante, reconociendo la importancia de la materia y expresando de antemano nuestro convencimiento con respecto a que nadie puede ser obligado a prestar el servicio militar en contra de sus convicciones, y, en general, a que nadie pueda ser asaltado en la esfera infranqueable de su conciencia individual, presentamos el pliego de modificaciones que se adjunta e integra este informe, el cual modifica íntegramente el proyecto inicialmente presentado, orientándolo exclusivamente con la prestación del servicio militar.

En él se defiende la competencia para conocer de la declaración de objeción de conciencia a los jueces de la República teniendo en cuenta que tal declaración versa sobre un derecho fundamental.

Se ha previsto para ello un trámite expedito orientado por el principio de oralidad que permite decidir en una audiencia y en única instancia la declaración de la objeción de conciencia, con intervención del representante del Distrito Militar de Reclutamiento, quien podrá oponerse a las razones expresadas por el solicitante. Como referencia en el Derecho Comparado se ha tenido en cuenta la experiencia española, donde desde el año 1984 se encuentra regulada la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria³.

Dado lo anterior se presenta a consideración de la Comisión Primera la siguiente

Proposición:

Dese segundo debate al Proyecto de ley número 115 de 2010 Senado, *por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad de Conciencia, reconocido en el artículo 18 de la Constitución Política de Colombia*, de acuerdo con las modificaciones expresadas en el pliego adjunto.

Atentamente,

Jorge Eduardo Londoño Ulloa,
Senador.

PLIEGO DE MODIFICACIONES AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 115 DE 2010 SENADO

por la cual se regula la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto establecer el marco normativo para la efec-

tividad de la objeción de conciencia y los procedimientos para su protección en lo concerniente a la prestación del servicio militar.

Lo dispuesto en la presente ley no afecta el régimen de exenciones y aplazamientos del servicio militar previsto en el Título III de la Ley 48 de 1993.

Artículo 2°. *Objeción de conciencia.* Todo ciudadano podrá solicitar la sustitución de la obligación de prestar el servicio militar cuando sus convicciones o creencias religiosas, éticas, morales, o filosóficas resulten contrarias a los deberes que impone la prestación de dicho servicio.

Artículo 3°. *Oportunidad.* La solicitud de sustitución de la obligación de prestar el servicio militar deberá ser presentada después de la inscripción prevista en el artículo 14 de la Ley 48 de 1993 y hasta antes de la práctica del primer examen de aptitud sicofísica.

Quienes hayan prestado el servicio militar podrán manifestar su objeción de conciencia para el cumplimiento de las obligaciones como reservista de las Fuerzas Militares dentro del año siguiente a su retiro del servicio.

Artículo 4°. *Sustitución del servicio militar.* A quien se le reconozca la condición de objetor de conciencia podrá sustituirse la prestación del servicio militar por actividades de utilidad pública o servicio social, tales como las que a título enunciativo se describen:

1. Alfabetización.
2. Protección y conservación del ambiente.
3. Promoción de la salud.
4. Programas de atención a la comunidad, la familia, infantes y adolescentes, personas de la tercera edad y discapacitados.
5. Programas de seguridad ciudadana, y
6. Programas de reinserción social, especialmente en establecimientos penitenciarios.

Parágrafo. En tiempo de guerra, la prestación del servicio social deberá cumplirse en actividades de defensa civil.

Artículo 5°. *Requisitos de la solicitud.* La solicitud de sustitución del servicio militar obligatorio podrá ser presentada por el interesado o su representante, directamente o por medio de apoderado, ante cualquier juez con competencia en el domicilio o residencia del solicitante, y deberá contener:

1. Nombre, edad, domicilio, identificación, y domicilio o residencia del solicitante.
2. El Distrito Militar ante el cual se cumplió la inscripción para la definición de la situación militar con indicación de la fecha, o la fecha en la cual

³ Las normas que regulan el servicio militar obligatorio y la objeción de conciencia en España son la Ley Orgánica 13 de 1991; Ley 48 de 1984; Real Decreto 551 de 1985; Real Decreto 20 de 1988.

se hizo efectivo el retiro del servicio militar para el caso de los reservistas con indicación del establecimiento en el cual se cumplió el mismo.

3. Las razones por las cuales la prestación del servicio militar va en contra de las creencias o convicciones del solicitante.

4. Las pruebas en las que se fundamente la solicitud.

5. Copia de la solicitud de declaración de objeción de conciencia previamente radicada ante el Distrito Militar de Reclutamiento con competencia en el domicilio o residencia del solicitante.

Artículo 6°. *Trámite.* Una vez recibida la solicitud, el juez verificará el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo anterior, y, en caso de reunirlos, dictará la providencia de admisión de la solicitud, ordenará de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias y dispondrá su notificación por cualquier medio eficaz al respectivo Distrito Militar de Reclutamiento.

En caso de que la solicitud adolezca de alguno de los requisitos señalados, el juez indicará los defectos de la solicitud y requerirá por una sola vez al solicitante para que dentro del término de cinco (5) días proceda a subsanarla.

Cumplida la notificación de la providencia de admisión, el juez fijará fecha y hora para la práctica de la audiencia de decisión, que deberá realizarse a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la notificación al Distrito Militar de Reclutamiento.

La providencia que fija la fecha y la hora para la práctica de la audiencia será notificada por cualquier medio eficaz al solicitante y al Distrito Militar de Reclutamiento.

En el curso de la audiencia el juez concederá el uso de la palabra al solicitante o a su representante o apoderado para que exprese las razones en que se fundamenta su objeción de conciencia. En caso de que resulte necesaria la práctica de testimonios, el juez interrogará a los testigos de acuerdo con las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil en el curso de la audiencia, previa citación efectuada por el solicitante. El juez prescindirá de la práctica de la prueba testimonial en caso de inasistencia de los testigos y deberá decidir con fundamento en las pruebas obrantes en la actuación.

El representante del Distrito Militar de Reclutamiento podrá oponerse a las razones en que se fundamente la objeción de conciencia y aportar las pruebas en que se sustente la oposición.

El juez podrá suspender la audiencia para dictar sentencia, la cual deberá pronunciarse dentro de los cinco días siguientes.

La inasistencia del interesado o del representante del Distrito Militar de Reclutamiento no impedirá al juez dictar la sentencia por la cual se declare o se niegue la condición de objetor de conciencia al solicitante.

El juez negará la declaración de objeción de conciencia cuando no resulten probadas las razones invocadas por el solicitante.

La decisión será notificada en estrados y en su contra no procede recurso alguno.

Artículo 7°. *Suspensión de la incorporación.* La iniciación del trámite para la declaración de objeción de conciencia suspende la incorporación del solicitante para la prestación del servicio militar.

Artículo 8°. *Registro de la sentencia que declare la objeción de conciencia.* El Servicio de Reclutamiento y Movilización llevará un registro de las sentencias que declaren la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar, para lo cual, será responsabilidad del Distrito Militar que intervino en el trámite reportar la respectiva novedad a la Dirección de Reclutamiento y Movilización del Comando General de las Fuerzas Militares.

Artículo 9°. *Cumplimiento del servicio social.* Una vez declarada la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar, el solicitante deberá tramitar la prestación del servicio social ante la Alcaldía del municipio en el cual se encuentre domiciliado o residente.

Para el efecto, la Alcaldía Municipal deberá asignar mediante acto administrativo las funciones que debe cumplir el objetor de conciencia por un término igual al de la prestación del servicio militar obligatorio.

Una vez cumplido el servicio social, el Alcalde municipal o el funcionario delegado para el efecto expedirá certificación sobre dicha circunstancia con destino a la Dirección de Reclutamiento y Movilización del Comando General de las Fuerzas Militares para el registro de la respectiva novedad.

Artículo 11. *Remuneración y régimen disciplinario.* Quienes presten el servicio social como sustitución del servicio militar obligatorio tendrán derecho a la misma remuneración, garantías y derechos que perciben quienes prestan el servicio militar obligatorio. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Durante el término del servicio social, el objetor de conciencia se encontrará sometido al régimen disciplinario establecido para los servidores públicos.

Artículo 12. *Creación de la Tarjeta de Servicio Social.* Créase la Tarjeta de Servicio Social que será expedida por la Dirección de Reclutamiento y Movilización de las Fuerzas Militares a quienes se les reconozca la condición de objetores de conciencia, la cual servirá para comprobar el cumpli-

miento del servicio social y equivaldrá a la Tarjeta de Reservista o Provisional Militar para los fines señalados en el artículo 36 de la Ley 48 de 1993.

El costo de la expedición de la Tarjeta de Servicio Social, sus duplicados, el recaudo y la destinación de los recursos que genere, así como la competencia para la definición del modelo y sus características, se sujetarán a las mismas disposiciones que regulan la Tarjeta de Reservista.

Artículo 13. *Prohibición de discriminación.* La prestación del servicio militar y el servicio social son equivalentes, y, en tal virtud, no podrá establecerse discriminaciones entre quienes hayan prestado el servicio militar y quienes hayan optado por el servicio social para efectos de acceder a un empleo.

Las autoridades del Trabajo vigilarán el cumplimiento de esta disposición e impondrán las sanciones que resulten aplicables conforme a las normas sobre policía administrativa en materia del Trabajo y Seguridad Social.

Artículo 14. *Regulación del servicio social, control y vigilancia.* Corresponde al Gobierno Nacional, en sus sectores del Interior y de Defensa, adoptar las directrices relacionadas con el servicio social con el fin de que este se cumpla efectivamente y en condiciones de equivalencia con el servicio militar obligatorio, garantizando la coordinación interinstitucional con los municipios; así como controlar y vigilar las actividades relacionadas con la prestación de dicho servicio.

Artículo 15. *Difusión.* El Gobierno nacional adelantará campañas de difusión de la presente ley y adoptará las medidas administrativas para hacer efectiva la formulación de objeciones de conciencia contra la prestación del servicio militar obligatorio.

Artículo 16. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.

Jorge Eduardo Londoño Ulloa,

CONTENIDO

Gaceta número 883 - Miércoles, 10 de noviembre de 2010

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

Págs.

Ponencia para primer debate al proyecto de acto legislativo número 17 de 2010 Senado, 090 de 2010 Cámara por el cual se adiciona el parágrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia (primera vuelta).....	1
Ponencia para primer debate y texto propuesto al proyecto de acto legislativo número 18 de 2010 Senado por medio del cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política	3
Ponencia para primer debate y pliego de modificaciones al proyecto de ley número 115 de 2010 Senado por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad de Conciencia, reconocido en el artículo 18 de la Constitución Política de Colombia.....	12