

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PUBLICO

ARTICULO COMO OPCIÓN DE GRADO

NOMBRE: MARIANGELICA MARTINEZ C. – ROGER MARIO ROMERO PINTO

CODIGO: CC 40944733 - 84086903

COHORTE: XVII

TENSIÓN ENTRE LEY ESTATUTARIA Y LEY ORDINARIA.¹
REFORMA A LA SALUD EN COLOMBIA.

RESUMEN

El propósito de este artículo se enfoca realizar un análisis al interior del sistema de fuentes del derecho desde el ordenamiento jurídico, cuyo punto de partida se asocia con la teoría del tratadista Hans Kelsen (1982), titulada *Teoría Pura del Derecho*. Teniendo en cuenta lo anterior, el valor de esta investigación radica en la descripción normativa de la ley como fuente formal del derecho. De igual forma, se intentará responder al problema jurídico establecido respecto a la tensión que existe entre la ley ordinaria y la ley estatutaria dentro del trámite del proyecto de ley 312 de 2024 Cámara -reforma a la salud-, particularmente a partir de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que consagra el derecho fundamental a la salud.

¹ Artículo científico presentado como opción de grado para optar por el título de Magister en Derecho Público

En el artículo se concluye que las reformas sustanciales al derecho a la salud deben someterse al procedimiento estatutario para preservar el principio de supremacía de la constitución, el respeto y la protección por los derechos fundamentales desde las esferas internacionales.

Palabras claves: Fuentes del derecho, ley ordinaria, ley estatutaria, tensión de derechos, derecho fundamental, salud.

CONFLICT BETWEEN STATUTORY LAW AND ORDINARY LAW: COLOMBIA'S HEALTH REFORM

ABSTRACTS

The purpose of this article is to make an analysis within the system of sources of law in our legal system, whose starting point is associated with the theory of the treatise writer Hans Kelsen (1982), entitled *The Pure Theory of Law*. From there, the value of this research lies in the normative description of the law as a formal source of law and then the approach that we make trying to answer the legal problem established regarding the tension that exists between the ordinary law and the statutory law within the process of health reform, particularly based on Statutory Law 1751 of 2015, which enshrines the fundamental right to health.

The article concludes that substantial reforms to the right to health must be subject to statutory procedures to preserve the principle of constitutional supremacy and international standards for the protection of fundamental rights.

Keywords: Sources of Law, Ordinary Law, Statutory Law, conflicto of rights, fundamental right, health.

INTRODUCCION

Los *derechos fundamentales*² se comprenden como aquellos que se presentan inquebrantables bajo cualquier circunstancia, dado que hacen parte esencial del ser humano y de la sociedad misma. (Corte constitucional de Colombia, 2007, Sentencia C-080, Art. 5)

De modo que, al acercase a cierto elemento temporal, teniendo en cuenta la perspectiva Luhmann (2010), tratadista y autor de *Los derechos fundamentales como institución*, se considera que estos nacieron bajo una transición histórica que va desde la idea jerárquica de las leyes hasta la dicotomía entre estado y sociedad (p.104).

Así mismo, Ferrajoli (2009), en su libro *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales* enuncia que los derechos fundamentales son “aquellos derechos

² Se resalta este término desde la perspectiva de Peces-Barba, G. (1995), en su Curso de derechos fundamentales. Teoría general. Ed. Universidad Carlos III de Madrid.

subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos por su condición de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (p.14).

Cabe resaltar que, esta definición destaca el carácter universal y obligatorio de tales derechos dentro de un Estado constitucional.

Se puede decir que, esta aproximación conceptual permite entender el derecho a la vida como el más destacado dentro del contexto constitucional, el cual depende de su goce y respeto, de la organización normativa del Estado y su capacidad para evitar su vulneración.

El propósito del presente artículo es examinar de manera general el alcance de la nueva reforma a la salud presentada bajo el proyecto de Ley No. 312 de 2024 Cámara, entendiendo que Colombia al amparo de la constitución política de 1991, y a partir de su desarrollo jurisprudencial en armonía con los instrumentos internacionales, reconoció la salud como derecho fundamental.

Es por ello, que establecido el derecho a la salud, podemos señalar que la Corte Constitucional en sus albores (T-406 y T-484 de 1992), le estableció dos categorías, i) un derecho de carácter asistencial en manos del Estado y ii) que al ser un derecho social, económico y cultural por conexidad con la vida tiene contenido de derecho fundamental.

La discusión suscitada frente al trámite del proyecto de ley 312 de 2024 Cámara que tiene por objeto “transformar el Sistema General de Seguridad Social en salud en un Sistema de Salud basado en el Aseguramiento Social en Salud, para garantizar el derecho fundamental a la salud” genera un interesante estudio frente a la jerarquía e importancia de las leyes en Colombia y la relación entre el derecho a la salud y los mecanismos legislativos idóneos para regularlos.

En este contexto, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que regula el derecho fundamental a la salud, representa un hito en la consolidación del bloque de constitucionalidad en Colombia. No obstante, las intenciones de reformar el sistema de salud por medio de leyes ordinarias, como ocurre con el proyecto de 2024, han generado un intenso debate académico y político sobre la legitimidad y constitucionalidad de dicho procedimiento. Para expertos como Botero (2023), el uso de la ley ordinaria en esta materia vulnera el principio de reserva de ley estatutaria, afectando la estabilidad jurídica del sistema y los derechos adquiridos de los ciudadanos.

Este artículo tiene un enfoque descriptivo- deductivo, que se propone analizar la tensión generada con el proyecto de ley de la referencia. Se pretende abordar desde un principio algunos antecedentes teóricos y dogmáticos del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Del mismo modo, se revisará el concepto de ley y, por último, con base en los elementos normativos, se darán las conclusiones que permitan generar discusiones académicas frente al trámite del proyecto de marras.

1. Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano

Dadas las condiciones metodológicas y las exigencias de un enfoque descriptivo pero a la vez crítico, analizar el sistema de fuentes en nuestro ordenamiento jurídico colombiano se hace forzoso específicamente en lo que algunos teóricos denominan “*técnica de la jerarquía normativa*”, expresada, por ejemplo en las teorías de Kelsen (1982), y comparándolos con los preceptos normativos vigentes.

Dicho ordenamiento jurídico se estructura bajo un sistema normativo complejo, jerarquizado y abierto, donde confluyen diversas fuentes del derecho que orientan la creación, interpretación y aplicación de las normas. El concepto de *fente del derecho* se refiere, en términos generales, al origen o causa de las normas jurídicas válidas dentro de un determinado sistema normativo (Ferrajoli, 2009, p.219).

Por su parte, el tratadista Eduardo García Máynez (1995) en su texto sobre *Introducción al estudio del derecho*, retoma la metáfora del jurista francés Du Pasquier, quien asimiló las fuentes al “*lugar en donde las aguas brotan de la tierra saliendo de las profundidades de la vida social, el derecho a la vida de la realidad*” (p.52)

Así mismo, Savigny (1981) el autor de *Textos clásicos*, manifiesta que las fuentes son causas del nacimiento del derecho, las fuerzas creadoras del mismo, el

espíritu del pueblo que en todos los individuos vive, actúa y produce el derecho positivo (p.23).

De esta manera, cada uno de ellos, cada teórico se reconoce aportando elementos que entrarían en la discusión académica, sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico el uso del concepto *Fuentes del derecho*, se ha reconocido y se encuentra vigente.

En tal sentido, el artículo 230 de la Constitución Política (1991) estatuye que “los jueces están sometidos al imperio de la Ley, y en sus decisiones sólo están obligados por ésta”. En ese orden, la constitución, las leyes, los actos administrativos constituyen las llamadas *fuentes formales* del derecho y aquellas que agregó la misma norma que se denominan *materiales*, surgen como criterios auxiliares en cuanto la interpretación del derecho tales como la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales.

Dicha norma ha sido interpretada por la Corte Constitucional como una consagración del pluralismo jurídico, en el que si bien la Ley tiene primacía, existen otras fuentes que contribuyen a la realización del derecho en el Estado Social de Derecho. (Sentencia C-836/01, 2001)

Empero, desde los inicios del texto constitucional se logra evidenciar, en el artículo 4, una cita que resume lo argumentado anteriormente “La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u

otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales” (Constitución Política de Colombia, (1991), art. 4).

Esta cláusula de supremacía constitucional es la base para el control de constitucionalidad realizada por la Corte Constitucional sobre las normas con rango legal que profiere el Congreso de la República en su función legislativa. A partir de esta disposición, también se configura el denominado *bloque de constitucionalidad*, (Sentencia C-225/95,1995). En esta se define la categoría que permite integrar normas y principios del derecho internacional que, sin estar formalmente en el texto constitucional, tienen su mismo valor normativo y son aplicables para controlar la actividad legislativa (Bernal, 2005) y las de derecho interno, que complementan los derechos fundamentales.

En cuanto a las leyes, la constitución política en su acápite “*De las leyes*” prescribe:

“Artículo 150. Corresponde al congreso hacer las leyes. (...)”

La disposición constitucional consagra de manera expresa la función legislativa del Congreso de la República, el cual es el órgano de representación³ dentro de un Estado democrático, al que se le confía el poder de crear, modificar o derogar normas con fuerza de ley. (Sentencia C-222/97, 1997)

³ Mencionado por Bernal Pulido, Carlos. El constitucionalismo transformador en Colombia: crítica a la jurisprudencia constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 145, 2011 y Cepeda Espinosa, Manuel José. *Derecho constitucional colombiano: una introducción*. Bogotá: Universidad de los Andes, pág. 183, 2004.

Así mismo, ese artículo constitucional establece 3 tipos de leyes: i) las ordinarias, ii) las orgánicas y iii) las estatutarias. Dentro de esta clasificación, las leyes estatutarias son las más importantes por las materias que regulan entre ellas, los derechos fundamentales.

Para el interés que nos compete en el presente artículo, analizaremos las leyes ordinarias y las leyes estatutarias.

1.1 De las leyes ordinarias

Las leyes ordinarias son el tipo más común de ley en el sistema legislativo colombiano. Se expiden bajo el procedimiento legislativo previsto en la Constitución Política, y su función principal es regular la mayoría de materias de interés general, siempre que dichos temas no estén reservados a leyes de categoría especial como las estatutarias, orgánicas o leyes marco.

Como lo expone Bernal (2005), las leyes ordinarias representan el cauce normal del poder legislativo, permitiendo el desarrollo de políticas públicas, la reglamentación de derechos no fundamentales y la organización del Estado (p.84).

A su vez, Cepeda (2004), cataloga la ley ordinaria como el instrumento legislativo por excelencia, expedido por el Congreso a través del trámite regular y destinado a regir la vida jurídica del país en temas no reservados a otras leyes especiales (p.159).

Ahora bien, como las leyes ordinarias se refieren por regla general, a materias de diversa índole, el artículo 150 constitucional enlista los asuntos que pueden regularse por este tipo de leyes como:

“interpretar, aprobar el Plan Nacional de Desarrollo y de Inversiones Públicas, reformar y derogar las leyes; expedir códigos en todos los ramos de la legislación, la creación de entidades públicas, la definición de delitos y sanciones, la autorización de empréstitos y la regulación de profesiones” (Constitución Política de Colombia, [Const].1991, Art. 150) entre muchos otros asuntos que rigen la vida jurídica del Estado Colombiano.

Sin embargo, el legislador no puede invadir competencias reservadas a otras categorías normativas, principio que garantiza la jerarquía normativa y la integridad del sistema de fuentes. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional reiteradamente cuando aborda este tipo de asuntos reafirmando que el legislador no puede, so pretexto de una reforma, afectar el núcleo esencial de un derecho fundamental regulado por ley estatutaria mediante ley ordinaria (Sentencia C-313/14, 2014).

Este tipo de leyes, a pesar de regular aspectos no reservados, están sujetas a control de constitucionalidad posterior por parte de la Corte Constitucional, cuando se demandan por vía de acción pública de constitucionalidad. Este control, como lo reafirma la Corte, tiene como propósito preservar la supremacía constitucional frente a actos del legislador ordinario. (Sentencia C-708/01, 2001).

Las leyes ordinarias constituyen una herramienta esencial en la arquitectura jurídica de nuestro país. No obstante, su expedición está sujeta a los límites sustanciales y procedimentales que impone la Constitución. Incluso, la propia Ley 100 de 1993, actualmente vigente, y por la cual se creó el sistema de seguridad social integral fue tramitada por los aspectos que trata como ley ordinaria, en la medida que el derecho a la salud para la época se consideraba como social, económico y cultural.

1.2 De leyes estatutarias

Contrario a las anteriores, las leyes estatutarias constituyen un mecanismo legislativo especial previsto en la Constitución Política para regular materias excepcionales o como lo expresó la Corte Constitucional “las leyes estatutarias están destinadas a regular materias de alta sensibilidad constitucional, por lo que el constituyente quiso dotarlas de un procedimiento legislativo especial, que garantizara una mayor reflexión, estabilidad y legitimidad democrática” (Sentencia C-013/93, 1993).

Tal como lo indica el artículo 152 de la Constitución Política, son objeto de ley estatutaria el estudio y aprobación sobre derechos y deberes fundamentales de las personas, los mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción, entre otras que señalaremos más adelante. Cepeda (2004), expresa que este tipo de leyes buscan blindar temas constitucionalmente sensibles de reformas

legislativas ordinarias que puedan vulnerar principios esenciales del Estado de derecho. (p.197)

Este grupo se encuentra de manera taxativa en el artículo 152 de la Constitución Política y versan sobre: i) Los derechos y deberes fundamentales de las personas, los procedimientos y recurso para su protección; ii) la administración de justicia; iii) la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; iv) las instituciones y los mecanismos de participación ciudadana; v) los estados de excepción y vi) la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la Republica que reúnan los requisitos que determine la ley.

Sobre los derechos y deberes fundamentales y sus mecanismos de protección se ocupa el capítulo 1 del título segundo, aplicable incluso por conexidad a los derechos llamados sociales, económicos y culturales que se hallan consagrados en el mismo texto. Es así como encontramos el artículo 48 del estatuto fundamental donde se reconoce el derecho a la seguridad social como servicio público obligatorio, su garantía de irrenunciabilidad. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Por otro lado, el artículo 49 modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009 consagra que la atención en salud son servicios públicos a cargo del Estado garantizando su promoción, protección y recuperación. (Constitución Política de Colombia, 1991)

De esta manera, las leyes estatutarias no sólo definen contenidos esenciales de los derechos fundamentales, sino que aseguran su protección y desarrollo mediante normas que gozan de mayor estabilidad jurídica. La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que estas leyes tienen un valor normativo superior al de las leyes ordinarias, al estar revestidas de un procedimiento más exigente y un control previo de constitucionalidad. (Sentencia C-013/93, 1993)

Ahora bien, las leyes estatutarias se caracterizan de las demás por su especialidad no solo en las materias que trata sino en el trámite legislativo. Trámite especial que opera como una salvaguarda frente a reformas ordinarias que puedan afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, pues impone un estándar más alto para su deliberación y aprobación.

Así se deriva del pronunciamiento constitucional cuando señala que el legislador estatutario debe someterse a un procedimiento cualificado que obedece a la especial sensibilidad constitucional de las materias reguladas. Este procedimiento se erige como una garantía de legitimidad democrática y deliberación racional. (Sentencia C-013/93, 1993)

En el mismo orden de ideas, la alta corporación menciona al respecto del trámite estatutario que el carácter estatutario de una ley no sólo la califica formalmente, sino que impone condiciones materiales sobre su contenido, orientadas a proteger el núcleo esencial de los derechos fundamentales. (Sentencia C-013/93, 1993)

Por su lado, Bernal (2005), reconocido constitucionalista resalta que el procedimiento estatutario, al exigir mayorías calificadas y deliberaciones en una sola legislatura, materializa el principio de democracia deliberativa y se constituye en una garantía de racionalidad legislativa frente a materias que afectan derechos esenciales de las personas. Así mismo, dicho procedimiento tiene un diseño institucional que impone límites sustantivos y procedimentales al legislador, en especial cuando se trata del desarrollo de los derechos fundamentales. (pp. 204-205)

Es por ello que, dentro de la misma carta política se consagra el procedimiento de este tipo de leyes que incluye:

“aprobación por mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras; ii) tramitación en una sola legislatura; iii) control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional antes de su promulgación; iv) el control previo por parte de la Corte Constitucional se realiza por vicios de procedimiento como por contenido material del proyecto y v) puede tener origen en cualquiera de las cámaras, por las entidades señaladas en el artículo 156 o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución”. (Constitución Política de Colombia, 1991)

De tal manera que, la protección que ofrece la carta magna funciona como un escudo frente a cualquier intento de reforma posterior.

Respecto a ello, la Corte Constitucional ha sido enfática sobre las leyes estatutarias manifestando lo siguiente:

“las Leyes Estatutarias constituyen un tipo de leyes de especial jerarquía, que tienen como fin esencial salvaguardar la entidad de las materias que regula, que son: los derechos y deberes fundamentales, así como los procedimientos y recursos para su protección; la administración de justicia; la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; los estados de excepción, y la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República; materias éstas que comportan una importancia cardinal para el desarrollo de los artículos 1 y 2 de la Carta, pues su regulación especial garantiza la vigencia de principios básicos constitucionales y propende por la consecución de los fines esenciales del Estado.

De modo que imprimirle rigurosidad a la aprobación de la regulación de dichas materias y, además, mayor jerarquía a las leyes que las consagren, son medios idóneos para lograr la efectividad de los derechos constitucionales, la salvaguarda de un orden justo, así como la existencia de un sistema democrático y participativo.

Si bien cualquier proyecto para convertirse en ley debe cumplir con los siguientes requisitos: ser publicado oficialmente por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva; surtir los correspondientes debates en las comisiones y plenarios de las Cámaras, luego de que se hayan efectuado

las ponencias respectivas y respetando los quórum previstos por los artículos 145 y 146 de la Constitución; realizar los anuncios del proyecto de ley previo a la discusión y votación en cada una de las comisiones y plenarios, exigencia que también se aplica a los debates sobre los informes de las comisiones de conciliación, los cuales deberán ser publicados por lo menos un día antes de darse su discusión y aprobación; respetar los términos para los debates previstos por el artículo 160, esto es ocho días entre el primer y segundo debate en cada Cámara, y quince días entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra; respetar los principios de unidad de materia, de identidad y consecutividad; haber obtenido la sanción gubernamental, que como es obvio, en el caso de las leyes estatutarias, dicha sanción se surte después de que la Corte Constitucional haya efectuado la revisión previa y oficiosa de constitucionalidad y declarado, en consecuencia, que las disposiciones del proyecto se ajustan a la Carta. Además de lo anterior, por tratarse de un proyecto de ley estatutaria, es necesario que el proyecto: (i) haya sido aprobado por mayoría absoluta y (ii) haya sido tramitado en una sola legislatura [...]”. (Sentencia C-748/11, 2011)

Itera la misma providencia que:

“Conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corte, la Constitución ordena que dentro de la legislatura el proyecto haga tránsito en el Congreso, esto es, que sea modificado y aprobado por las Cámaras en ese lapso, pero la

revisión constitucional por la Corte y la sanción presidencial pueden ocurrir por fuera de la legislatura, pues si el trámite que debe ser surtido en una sola legislatura incluyese la revisión por la Corte, o las objeciones y sanción presidenciales, sería prácticamente imposible aprobar, modificar o derogar leyes estatutarias, o éstas tendrían que ser tramitadas en el Congreso con excesiva celeridad, sin una adecuada discusión democrática, e incluso con improvisación". (Sentencia C-748/11, 2011)

2. Derecho a la salud

El derecho a la salud ha sido reconocido progresivamente como un derecho fundamental autónomo, especialmente a partir de la vigencia de la Ley 1751 de 2015, que lo elevó formalmente a esa categoría.

Como lo señalan Uprimny & García (2015) en su texto *La salud como derecho fundamental: análisis del impacto de la Ley Estatutaria 1751 de 2015*, esta ley redefine el sistema de salud colombiano al ubicar los derechos de los usuarios como eje estructurante, y no como consecuencias derivadas de la afiliación al sistema. (pp. 45-66)

En los inicios del nuevo siglo, la Corte Constitucional empezó a variar su posición jurisprudencial respecto al derecho a la salud hasta reconocer jurisprudencialmente que es un derecho fundamental, precisando su tesis bajo dos elementos: i) aquellos derechos respecto de los cuales existen consenso sobre su

naturaleza de fundamental y ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. (Sentencia C-227/03, 2003)

Antes de su consagración legislativa, ya había sido reconocido por el máximo ente constitucional como un derecho fundamental a través de la vía jurisprudencial cuando su afectación comprometiera otros derechos fundamentales como la vida o la dignidad humana.

En el mismo orden de ideas, con relación al postulado de referencia, esa Corporación manifestó que:

“La seguridad social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la carta política establecen la seguridad social, por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva de (i) su carácter

irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. (...). (Sentencia T-164/13, 2013)

Es así como el Congreso de la República profiere la Ley 1751 de 2015 el cual establece que la salud es un derecho autónomo, universal, irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, e impone al Estado deberes concretos en su garantía, acceso, disponibilidad y calidad. (Ley 1751, 2015, art. 2)

Este cambio ha transformado la dinámica del ligio constitucional, fortaleciendo las herramientas de protección como la acción de tutela. Según el exmagistrado Linares (2018), esta ley impone límites materiales a la legislación ordinaria y otorga al juez constitucional una mayor capacidad de intervención frente a omisiones legislativas o administrativas.

De la misma forma, López (2017), afirma que “la salud dejó de ser una expectativa legítima para convertirse en un derecho exigible judicialmente, con contenido sustantivo y procedimental claro”. (p.123)

En este sentido, la Corte Constitucional establece que “el derecho a la salud, en su dimensión subjetiva, es exigible directamente por el ciudadano, sin necesidad de desarrollos legales adicionales, debido a su estatus fundamental”. (Sentencia C-

313/14, 2014). Además, cualquier política pública en salud debe respetar los principios de progresividad, no regresividad y universalidad.

Por su parte, los distintos instrumentos internacionales han servido de soporte del desarrollo jurisprudencial en la Corte Constitucional que vía conexidad con el de la vida, le han otorgado fuerza de derecho fundamental y con ello las garantías prescritas en la propia constitución verbigracia la observación 14 del Comité de Derechos Económicos y Sociales, la misma Declaración Universal de los derechos Humanos, (Organización de las Naciones Unidas, 1948, art. 22), el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales e incluso el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, el cual prescribe en su artículo 1 que “la seguridad social es un derecho inalienable del ser humano”. (ONU, 1966)

En ese mismo orden de ideas, el comité de derechos económicos, sociales y culturales en la observación general No. 14, bajo el consejo económico y social estableció que:

“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos

jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.

El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud". (ONU, 2000)

La declaración universal de los derechos humanos prescribió en sus artículos 22 y 25 que:

“Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. (...)

Artículo 25. 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, viudez, vejez y otros casos de pérdida de

sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad". (ONU, 1948)

De suerte que dado la posición jurisprudencial de la H. Corte Constitucional y los preceptos internacionales, con claridad podemos aproximarnos en manifestar que el derecho a la salud se encuentra enmarcado en aquellos fundamentales e inalienables que protegen la vida e integridad personal, el cual está revestido de protección constitucional y legal, y que no permite su modificación en cualquier momento ni por tramites legislativos distintos al estatuido para los derechos fundamentales.

Ahora bien, en cuanto al trámite legislativo radicado bajo el proyecto de Ley No. 312/2024 cámara, que tiene por objeto *“transformar el Sistema General de Seguridad Social en salud en un Sistema de Salud basado en el Aseguramiento Social en Salud, para garantizar el derecho fundamental a la salud”* radicado bajo la formalidad de una ley ordinaria, desarrolla y reestructura aspectos importantes establecidos en la mencionada ley estatutaria (1751) aprobada en 2015.

Con base en ello, si bien el proyecto de ley en discusión despliega y materializa los contenidos del derecho fundamental a la salud definidos, al realizar dicho estudio modifica un elemento esencial y principio dentro del derecho relacionado y es el de acceso y la libertad de elección, que conforme a lo plasmado en el literal h) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, *“son los usuarios del sistema los encargados de elegir entre las entidades de salud”*.

Veamos la literalidad de la norma:

“Artículo 6. **Elementos y principios del derecho fundamental a la salud.**

El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

h) **Libre elección.** Las personas tienen la libertad de elegir entidades de salud de la oferta disponible según las normas de habilitación”.

Y a su vez el artículo 36 del proyecto de ley de marras establece:

“Artículo 36. **Estructura y funciones de los Centros de Atención Primaria en Salud (CAPS).** Los Centros de Atención Primaria en Salud (CAPS), independiente de su naturaleza jurídica, sean gestionados por el sector público o por las Gestoras de Salud y Vida, desarrollarán los siguientes procesos y funciones:

- **Adscripción poblacional**

Con el objetivo de orientar la planeación y la respuesta en salud en el territorio, todas las personas, sus familias y hogares deberán estar adscritos a un CAPS de su preferencia en función del municipio o distrito de residencia. Para la adscripción se deberán cumplir criterios de contigüidad, cercanía y accesibilidad geográfica, garantizando la libre elección dentro de la oferta disponible de CAPS en

la localidad, comuna o unidad administrativa equivalente, según reglamentación expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social”.

De igual forma, el derecho a la libertad al interior del sistema de salud como derecho fundamental del individuo garantiza la libre elección por parte de este y su núcleo familiar de escoger a cual entidad o institución de salud, bajo la oferta disponible, le prestaran el servicio de salud y así garantizándole no solo el acceso al derecho a la salud sino el derecho bajo una información real, a elegir.

Para el tratadista García (2016), “la garantía del derecho a la salud no puede reducirse al acceso mínimo a servicios; debe incluir la posibilidad de elegir cómo y con quién acceder, como expresión de la dignidad humana y de la autonomía del paciente” (p.88).

Este derecho de elegir o escoger EPS y entidad de salud, se suprime y se vería limitado, pues el proyecto plasma que toda persona será adscrita a un Centro de Atención Primaria en Salud o CAPS, siendo el único acceso a la prestación del servicio de salud. Al respecto, la Corte Constitucional manifestó a través de su jurisprudencia que “la eliminación o restricción injustificada de esta facultad podría representar una regresividad en la protección del derecho fundamental, lo cual está expresamente prohibido por la Ley Estatutaria y la interpretación constitucional dominante”. (Sentencia C-313/14, 2014)

Es indudable que al limitarlo representaría un cambio en la estructura de dicho elemento esencial del derecho a la salud, como está definido en nuestro ordenamiento jurídico y que fue precisado incluso por la Corte Constitucional, la cual instruyó:

“El literal h) de la norma estatutaria en análisis, incorpora en el catálogo de principios del derecho fundamental a la salud la libertad de elección, según la cual, las personas tienen amplitud de elegir su entidad de salud dentro de la oferta existente, acorde con las normas de habilitación. (Ley 1751, 2015, art. 2)

En lo que atañe a este literal, cabe precisar que la Corte Constitucional ha reconocido dicho derecho como fundamental. Igualmente el juez constitucional, a pesar de reconocer el origen legal de la figura, ha destacado su dimensión constitucional. La Corte, en varias providencias, ha explicado que la precitada libertad de elección en el ámbito de la salud tiene soporte en el precepto que consagra la autonomía de los sujetos. En el caso particular colombiano, el artículo 16 de la Carta. Puede decirse que la libertad de elección en el ámbito de la salud es una expresión más de la autonomía en sentido general.

Sin embargo, el principio encuentra otros fundamentos constitucionales, uno de ellos es el de la dignidad, la cual, al estar inescindiblemente vinculada a la salud, se puede ver comprometida por la imposibilidad de poder obtener un servicio que el afectado, estima como mejor. Adicionalmente, la libertad de elección guarda directa relación con los elementos esenciales del derecho

a la salud, particularmente con el acceso y la calidad del servicio. Una afectación o supresión de este principio que también tiene la dimensión de derecho puede implicar una negación del acceso a la salud y de la prestación del servicio en condiciones de calidad”. (Sentencia C-313/14, 2014)

Desde la jurisprudencia constitucional de la Corte se ha reiterado que “el principio de elección fortalece la noción de salud como derecho fundamental, al impedir que los usuarios sean tratados como objetos pasivos del sistema”. Así, la Corte sostuvo que “la capacidad de elegir es inherente a la protección del núcleo esencial del derecho a la salud y debe preservarse frente a políticas públicas que pretendan restringirla sin justificación suficiente” (Sentencia C-313/14, 2014)

Finalmente, en lo planteado por la tratadista Botero (2023), “una reforma estructural que modifique los pilares del sistema de salud, como el acceso, el financiamiento o el modelo de atención debe respetar las garantías de la ley estatutaria” (pp.45-67).

3. CONCLUSIONES

Una vez revisado los elementos constitucionales, legales y jurisprudenciales que regulan el derecho fundamental a la salud, y analizado las definiciones de leyes estatutarias y leyes ordinarias, podemos observar que el trámite de dicho proyecto de ley debería ser el indicado para las leyes estatutarias.

De igual forma, el derecho a la salud, inicialmente considerado un derecho económico, social y cultural en la Constitución de 1991, ha sido elevado por la jurisprudencia a la categoría de derecho fundamental. Actualmente, se le reconoce legalmente como tal, especificando que es autónomo pero no ilimitado.

El artículo 153 de la Constitución Política exige no solo un trámite especial para los proyectos de ley estatutaria que contiene una votación por mayorías así como el inicio, debate y votación por parte de la comisión primera de ambas cámaras por tratarse de un proyecto de ley estatutaria. (Constitución Política de Colombia, 1991, Art.153)

De tal manera que, proteger el contenido esencial de los derechos fundamentales y garantizar la supremacía constitucional mediante procedimientos legislativos reforzados, constituye una barrera contra reformas regresivas.

Por todo ello, reiteramos que dentro del análisis realizado en el presente artículo del proyecto de ley 312 de 2024 cámara en uno de sus aspectos, se desarrolla aspectos del núcleo esencial del derecho fundamental a la salud -Ley 1751 de 2015- como lo es la libre elección, por lo que consideramos que el trámite que se debe abordar a través de ley estatutaria ya que al realizarse por medio de trámite de ley ordinaria, se vulneraría principios básicos del Estado Social de Derecho.

4. Referencias consultadas

4.1 Referencias bibliográficas

Bernal, C. (2005). *El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y doctrinal*. Universidad Externado de Colombia, pág. 58-61.

Bernal, C. (2011) *El constitucionalismo transformador en Colombia: crítica a la jurisprudencia constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 145.

Botero, C. (2023) *¿Puede una ley ordinaria reformar el derecho fundamental a la salud?* Revista Foro Constitucional, pág. 45-67.

Cepeda, M. (2004) *Derecho constitucional colombiano: una introducción*. Universidad de los Andes, pág. 235-236.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ferrajoli, L. (2009) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edit. Trotta, pág. 19.

García, D. (2016) *El derecho fundamental a la salud y la Ley Estatutaria 1751 de 2015: avances y retos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Pág. 88.

García, E. *Introducción al estudio del derecho*, 47 ed. México, Porrúa, 1995, pág. 52.

Kelsen, Hans (1982). *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Argentina, 1982.

Linares, A. (2018) *Control constitucional y desarrollo legislativo del derecho a la salud*. Universidad Externado de Colombia.

López, D. (2017) *El derecho de los derechos: teoría del derecho judicial constitucional*. Editorial Legis. Pág. 123.

Ley 1751 de 2015, art 2, Por medio del cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

Ley 3 de 1992, Artículo 2 sancionada y promulgada el 24 de marzo de 1992, modificado por el artículo 1 Ley 754 de 2002.

Luhmann, N. (2010), *Los derechos fundamentales como institución*. Edit. Universidad Iberoamericana, pág. 104.

Peces-Barba, G. (2004) *Lecciones de Derecho Fundamentales*. Colección de derecho Humanos y Filosofía del Derecho, ed. Dykinson.

Savigny, F. (1981) *Textos Clásicos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

Uprimny, & García, (2015). *La salud como derecho fundamental: análisis a propósito de la Ley Estatutaria 1751*. Revista De Derecho Público, pág. 45–66.

4.1 Referencias jurisprudenciales

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-406 de 1992*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-484 de 1992*. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia* C-013 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia* C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia* C-222 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia* C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia* C-708 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia* T-227 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia* T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia* C-2011 de 2011. M.P. Jorge Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia* T-164 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia* C-313 de 2014, M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

4.2 Referencial internacionales

Organización de las Naciones Unidas ONU (1966), Asamblea General, resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, art. 9

Organización de las naciones unidad ONU (2000), Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 22 periodos de sesiones, Ginebra 25 de abril a 12 de mayo de 2000, tema 3.

UN Economic and Social Council, Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), 11 Agosto 2000,

<https://www.refworld.org/es/leg/coment/cescr/2000/es/36991> [accedida 23 August 2025]