

## ¿Es inconstitucional la Ley 1438 de 2011?

### Breves consideraciones jurídicas

Por  
**Jaime Garián**

Profesor Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de Antioquia  
ganarr@une.net.co



Según nuestra actual Constitución Política<sup>1</sup>, Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

De acuerdo con el artículo 2º de la Constitución son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos

*La Ley 1438 de 2011 que regula el derecho a la salud en su dimensión de servicio público esencial fue tramitada como una ley ordinaria, violando los claros preceptos del artículo 152 referido. Por ello sólo, tal ley podría ser, en nuestro juicio, declarada como inconstitucional por vicios de trámite.*





en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Artículo que en forma inescindible está relacionado con los artículos 365 y 366 de la Carta en cuanto determinan que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Así mismo, en cuanto se determina que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable<sup>2</sup>. En tal contexto el derecho a una vida digna y con calidad<sup>3</sup> y el derecho a una igualdad real, material o fáctica<sup>4</sup> en derechos y deberes son fines últimos de un Estado social.

Lógicamente, el derecho a la salud<sup>5</sup> en el marco de una interpretación sistémica e integral de los preceptos constitucionales constituye en su calidad de derecho y en su dimensión de servicio público esencial<sup>6</sup>, como núcleo vital de la materialización

de un verdadero Estado social de derecho, un pilar básico de respeto a la dignidad humana. Dignidad humana que a su vez se inserta en los fundamentos de los derechos humanos y en la protección de toda persona en forma universal e integral. Concepto que se arraiga en los tratados internacionales de derechos humanos que se integran a la Constitución por vía del llamado bloque de constitucionalidad<sup>7</sup>.

Precisamente es a partir de los instrumentos internacionales que hoy en día hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad que el derecho a la salud se erige como un verdadero y serio derecho humano fundamental.

En el devenir histórico verificable de la determinación de la salud como un derecho nos encontramos que el derecho a la salud está prolijamente regulado en los instrumentos jurídicos de carácter internacional, consagración de la cual se puede colegir que el derecho a la salud es un derecho humano, indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos<sup>8</sup>. Además es un derecho universal, inclusivo, interdependiente con otros derechos.

Entraña libertades y derechos<sup>9</sup>. Por tanto, un derecho fundamental por ser inherente a toda persona humana, inalienable, indivisible y que vincula a todos las ramas del Estado y por ende a todas a las autoridades públicas.<sup>10</sup>

Por medio del PIDESC, se determina el derecho a la salud como un derecho social al reconocerse como "...el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental..."<sup>11</sup>. Mediante la Observación General 14 se amplía su concepción al definirse como un "derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos"<sup>12</sup>, y al determinarse que "El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos."<sup>13</sup> Según la misma Observación, tal derecho no debe entenderse sólo como un derecho a estar sano, entraña también libertades y derechos. Entre las libertades está el derecho a controlar la salud y el propio cuerpo, con la inclusión de la libertad sexual y genésica. Entre los derechos también está el relativo a contar con un sistema de protección de la salud<sup>14</sup>.

En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se consagra que toda persona tiene derecho a la salud,

***En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se consagra que toda persona tiene derecho a la salud, entendida "...como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social". Así mismo que se reconoce como un "...bien público". De acuerdo con la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS): "...La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".***



entendida "...como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social". Así mismo que se reconoce como un "... bien público" <sup>15</sup>.

De acuerdo con la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS): "... La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"<sup>16</sup>. En el mismo sentido declaraciones como la de Alma-Ata (1978), la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005), la de DOHA (sobre los ADPIC y la Salud Pública) (2001), la Declaración de Lisboa (Asociación Médica Mundial, adoptada por la 34ª Asamblea en 1981, acogida en Colombia mediante la Resolución 13437 de 1991, Ministerio de la Salud y el mismo Código Iberoamericano de la Seguridad Social (ratificado por la ley 516 de 1999) determinan la salud como un derecho humano fundamental.

Por su parte, en Colombia el derecho a la salud se elevó a rango constitucional con la Constitución Política de 1991<sup>17</sup>. Igualmente, el derecho a la salud fue expresamente consagrado como un derecho fundamental en el artículo 44 de la Constitución de 1991. Por tanto, respecto de la fundamentalidad del derecho a la salud de los niños es indiscutible su carácter de derecho fundamental, en consecuencia, su protección, justiciabilidad y garantía se podrán llevar a cabo por medio de la acción de tutela cuando éste se encuentre vulnerado o amenazado<sup>18</sup>. Al respecto ha sido abundante la jurisprudencia constitucional colombiana en la afirmación de tal derecho como fundamental, autónomo y directo en los menores de edad<sup>19</sup>.

De tal modo, el derecho a la salud puede derivarse de la enunciación normativa de algunos artículos constitucionales. En efecto, por la redacción del artículo y desde la visión integral del derecho a la salud y la concepción sistémica de los derechos puede colegirse la estipulación del derecho a la salud en ellos. Así, por ejemplo, de la enunciación normativa del artículo 46 puede deducirse el derecho a la salud o a los servicios de salud de las personas de la tercera edad o adulto mayor. Lo mismo con el artículo 47 en lo referente a las personas en estado de discapacidad. El 52 en cuanto se refiere al ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas en función de la preservación y desarrollo de una mejor salud en el ser humano. El 53 con relación a la salud de los trabajadores. El 54 respecto de los trabajadores adultos mayores o

***...el derecho a la salud fue expresamente consagrado como un derecho fundamental en el artículo 44 de la Constitución de 1991. Por tanto, respecto de la fundamentalidad del derecho a la salud de los niños es indiscutible su carácter de derecho fundamental, en consecuencia, su protección, justiciabilidad y garantía se podrán llevar a cabo por medio de la acción de tutela cuando éste se encuentre vulnerado o amenazado.***

en estado de discapacidad. El 64 en cuanto a los trabajadores agrarios. El 79 como determinante del derecho a un ambiente sano.

Sumadas las anteriores consideraciones sería claro que el derecho a la salud es un derecho fundamental en Colombia. Pero, si a tales consideraciones agregamos que sentencias de la Corte Constitucional como la sentencia T-307 de 2006<sup>20</sup> retoma el argumento del derecho a la salud como fundamental en sí mismo "... cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto", sin que por ello deje de ser un derecho fundamental; o la sentencia T-016 de 2007<sup>21</sup> que señala, entre otros, los muy interesantes y, a la vez, muy controvertibles puntos: "todos los derechos constitucionales son fundamentales, la fundamentalidad de los derechos no depende -ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica, la salud es un derecho fundamental cuyo contenido es acentuadamente prestacional"<sup>22</sup>; o la sentencia C-811-2007<sup>23</sup> que determinó que el derecho a la salud es un derecho que tiene categoría autónoma como fundamental, y que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos; o la sentencia C-463 de 2008<sup>24</sup>



que expresó que el carácter universal del derecho a la seguridad social en salud aparece como consecuencia su fundamentabilidad<sup>25</sup>, entonces sería indudable el carácter iusfundamental del derecho a la salud. Este carácter fue en forma enfática reiterado por la sentencia T-760 de 2008<sup>26</sup> que reconoce, sin ningún tipo de ficción jurídica, que el derecho a la salud es un derecho fundamental<sup>27</sup>.

En consecuencia, es decir, de acoger por vía del bloque de constitucionalidad o por vía del precedente judicial de las sentencias T y C arriba anunciadas de la Corte Constitucional, entonces habría que afirmar sin ningún tipo de dilación que el derecho a la salud es un derecho fundamental y debe ser protegido por las garantías constitucionales que todo derecho seriamente fundamental posee según la Constitución de 1991<sup>28</sup>.

En tal sentido, la reglamentación del derecho fundamental a la salud habría que hacerse a través de una ley estatutaria a la luz del artículo 152 de la Constitución Política. Máxime, cuando sin lugar a dudas el artículo 44 constitucional se refiere a los derechos fundamentales de los menores (niños, niñas y adolescentes) entre ellos la seguridad social y la salud como arriba se había afirmado.

No obstante lo anterior, la Ley 1438 de 2011 que regula el derecho a la salud en su dimensión de servicio público esencial fue tramitada como una ley ordinaria, violando los claros preceptos del artículo 152 referido. Por ello sólo, tal ley podría ser, en nuestro juicio, declarada como inconstitucional por vicios de trámite.

De otra parte, quizá más de conveniencia social, más de ciencia política, pero igualmente jurídica, se podría decir que el no cambio del modelo estructural del SGSSS, por el contrario su fortalecimiento a la luz del artículo 1º de la Ley 1438 de 2011, es decir el fortalecimiento del modelo de mercado del sistema, el mantenimiento del derecho con base en la capacidad económica de las personas, el mantener a su vez la diferenciación de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado a pesar de los expresos mandatos contenido en la sentencia T-760 de 2008, el recentralizar los recursos del régimen subsidiado, la participación formal más no real en la estructuración de la ley, el acelerado trámite de la misma, el no tomarse como un asunto de Estado y de país sino quizá como un asunto de gobierno el tema de una reforma estructural del sistema, implica que la Ley 1438 de 2011

también sea inconstitucional ante un estado de cosas inconstitucional en salud.

Finalmente, el continuar con la práctica de entregar facultades jurisdiccionales a la Supersalud, en nuestro juicio, rompe en forma lenta e imperceptible con la estructura del Estado constitucional al violentar la teoría de los pesos y contrapesos de los poderes públicos y de la división de los poderes, toda vez que por motivos justificados o no se le entregan a un mismo poder, el ejecutivo, las facultades que corresponden naturalmente al órgano jurisdiccional. De contera, y en forma muy sutil, colocando barreras reales a la utilización de la acción de tutela como medio de defensa del derecho fundamental a la salud y por qué no a otras acciones de defensa colectiva de tal derecho. Ello también podría implicar la inconstitucionalidad de la ley 1438 de 2011 o por lo menos de algunos aspectos de tal ley.

Así las cosas, y por las breves consideraciones expuestas, la ley 1438 de 2011 puede ser inconstitucional. De todas formas el goce efectivo del derecho fundamental a la salud debe ser protegido efectivamente y por ello se requiere de medidas de cambio estructural en favor de su universalidad, su integridad y su calidad.

#### Notas

1 Artículo 1. Constitución Política de 1991.

2 Confróntese los artículos referidos. Constitución Política de 1991

3 Véase el artículo 11 de la Constitución Política de 1991.

4 Confróntese el artículo 13 de la Constitución de 1991.

5 Artículo 49 de la Constitución Política de 1991. En cuanto a la iusfundamentalidad del derecho a la salud véanse, entre otras, las sentencias T-016 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-463 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería, T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y la T-120 de 2009. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

6 Confróntese la Ley 100 de 1993.

7 Véase los artículos 93 y 94 de la Constitución de 1991.



8 Efectivamente el derecho a la salud fue consagrado como un derecho humano en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Numeral 1º del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el derecho a la salud es consagrado como un derecho a la preservación de la salud y al bienestar. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948, artículo XI: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

9 Se reconoce la salud como un bien público, garantizado por los estados parte. Por la lectura de las normas consagradas en los instrumentos jurídicos internacionales, todos coinciden que el derecho a la salud implica la dignificación del ser humano y la búsqueda de su bienestar integral.

10 Apartes tomados de la tesis doctoral: Los muertos de Ley 100. Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. Una razón de su ineficacia. Caso del POSC. Universidad Externado de Colombia. Autor Jaime Gañán. 2010.

11 Artículo 12, numeral 1 del pacto citado.

12 "Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente". Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del PIDESC. Observación General 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC). Párrafo 1º.

13 "... 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". Ob. cit., párrafo. 3.

14 Véase Ob. cit., párrafo. 8.

15 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", 1988. Artículo 10. Derecho a la Salud.

16 "... El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados". Principios de la Constitución de la OMS. Documentos básicos, suplemento de la 45 edición, octubre de 2006.

17 Principalmente a través del artículo 49, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, capítulo II. De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, del título II. De los Derechos, las Garantías y los Deberes de nuestra Constitución Política.

18 En los términos del artículo 86 de la Constitución de 1991 y los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000.

19 Véase, entre otras muchas, T-576 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 27, y la T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 124.

20 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 12 y ss.

21 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 16 y ss. En igual sentido, véanse las sentencias T-770 y T-816 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, pp. 11 y 5, respectivamente.

22 Se comparte con la sentencia la determinación del derecho a la salud como fundamental, que el derecho fundamental a la salud debe ser analizado a la luz de los instrumentos jurídicos internacionales que actualmente lo regulan, porque siendo fundamental no es necesario buscar conectarlo con otros derechos expresamente fundamentales. No se comparte con tal sentencia que todos los derechos constitucionales sean fundamentales. Al respecto, Vila Casado se refiere a que sostener que todos los derechos constitucionales son fundamentales porque hacen parte de la Constitución [...] es negar, contra toda evidencia, que existe un conjunto de derechos con prerrogativas especiales que los diferencian de los demás derechos constitucionales. Véase Vila Casado, Iván. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Primera Edición. Bogotá: Legis, 2007, p. 465. En igual sentido véase Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Segunda Edición. Bogotá: Ed. Temis, 2009, p. 113.

23 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 33.

24 M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 31.

25 Esto es, su carácter de derecho fundamental, tanto respecto del sujeto como del objeto de este derecho, por su universalidad y por su relación directa e inescindible con el principio de la dignidad humana.

26 Véase la sentencia T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 18.

27 La sentencia en cita retoma el hecho de que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión "derechos fundamentales" es el concepto de dignidad humana, concepto que se relaciona directamente con la "libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle". Véase la sentencia T-881 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, p. 33. Recuérdese que la sentencia T-227 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett ya había señalado que sería fundamental todo derecho que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo, p. 11.

28 Estas garantías son: Aplicación inmediata. Artículo 85 C.P. Acción de Tutela. Artículo 86 C.P. Reserva de ley para su reglamentación. Artículo 152, C.P. no suspensión en estados de excepción. Artículos 93 y 214.2 C.P. Artículo 4º Ley 137 de 1994, Artículo 27 de la Convención Americana de DDHH y poseen una protección especial para su modificación. Artículo 377 C.P.