REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

I S S N 0 1 2 3 - 9 0 6 6

AÑO XVIII - Nº 179 | Bogotá, D. C., jueves 2 de abril de 2009 | EDICION DE 8 PAGINAS

DIRECTORES: EMILIO RAMON OTERO DAJUD, SECRETARIO GENERAL DEL SENADO, www.secretariasenado.gov.co; JESÚS ALFONSO RODRIGUEZ CAMARGO, SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA, www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

TEXTOS DEFINITIVOS

TEXTO DEFINITIVO AL PROYECTO DE LEY NUMERO 067 DE 2008 SENADO Y SU ACUMULADO NUMERO 129 DE 2008 SENADO

(Aprobado en sesión ordinaria de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del honorable Senado de la República, de fecha diciembre nueve (9) de 2008 - según Acta 27), *por la cual se modifica la Ley 361 de 1997 y se dictan otras disposiciones.*

Artículo 1°. ***Modifíquese el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual quedará así:***

Artículo 26. ***Protección laboral a personas con algún tipo de discapacidad.*** La condición de discapacidad de una persona, en ningún momento podrá ser obstáculo para su vinculación laboral, a menos que la misma sea demostrada como incompatible o insuperable con la actividad o cargo a desempeñar.

Así mismo, ningún trabajador que se encuentre en condición de discapacidad podrá ser despedido o su contrato terminado por esta razón, sin perjuicio de la facultad del empleador para despedir o dar por terminado el contrato de trabajo por cualquiera de las justas causas previstas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Cuando el empleador fundamente el despido o la terminación del contrato de trabajo en las causales contenidas en los numerales 9 y 13 del artículo citado, se requerirá autorización del Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, sin la cual carecerá de todo efecto jurídico.

No obstante quienes fueren despedidos sin el cumplimiento del requisito establecido en el inciso anterior, tendrán derecho al reintegro a su cargo, **junto con el pago de los salarios y demás emolumentos a que hubiere lugar, entendiéndose que no ha existido solución de continuidad en el vínculo laboral. Sin embargo, si el reintegro no fuere posible o el trabajador no quisiera reintegrarse, el patrono deberá pagar al trabajador** una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Artículo 2º. ***Vigencia.*** La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 165 de la Ley 5ª de 1992.

Claudia Rodríguez de Castellanos, Piedad Córdoba Ruiz, Jorge Eliécer Ballesteros Bernier, Ricardo Arias Mora, Rodrigo Lara Restrepo, Senadores de la República.

COMISION SEPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

En Sesión Ordinaria de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República, del día nueve (9) de diciembre de 2008, fue considerada la ponencia para primer debate y el texto propuesto al Proyecto de ley número 067 de 2008 Senado, *por medio de la cual se modifica y complementa el Capítulo IV de integración laboral de la Ley 361 de 1997* y su Acumulado número 129 de 2008 Senado, *por medio de la cual se modifica la Ley 361 del 7 de febrero de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*, presentada por los honorables Senadores *Claudia Rodríguez de Castellanos, Piedad Córdoba Ruiz, Jorge Eliécer Ballesteros Bernier, Ricardo Arias Mora* y *Rodrigo Lara Restrepo.*

Una vez aprobada la proposición con que termina el informe, se puso a consideración el articulado, el cual fue aprobado por unanimidad, así: El artículo 1°, fue aprobado con modificaciones en el inciso 4°, presentadas por el Senador *Luis Carlos Avellaneda Tarazona*, la cual fue aprobada y reposa en el expediente. La proposición reposa en el expediente. El artículo 2°, fue aprobado tal como fue presentado en el texto propuesto, de la ponencia para primer debate.

El título del proyecto fue aprobado de la siguiente manera, *por la cual se modifica la Ley 361 de 1997 y se dictan otras disposiciones*, tal como fue presentado en el texto propuesto, de la ponencia para primer debate.

Preguntada la Comisión si deseaba que el proyecto tuviera segundo debate, esta respondió afirmativamente, siendo designados ponentes para segundo debate, los honorables Senadores *Claudia Rodríguez de Castellanos, Piedad Córdoba Ruiz, Jorge Eliécer Ballesteros Bernier, Ricardo Arias Mora* y *Rodrigo Lara Restrepo.* Término reglamentario.

La relación completa del primer debate se halla consignada en el Acta número 27 de diciembre nueve (9) de 2008.

El anuncio del Proyecto de ley número 067 de 2008 Senado y su Acumulado número 129 de 2008 Senado, se hizo en sesión del veintiséis (26) de noviembre de 2008, según consta en el Acta número 26, conforme a lo dispuesto en el artículo 8º, del Acto Legislativo número 01 de 2003 (último inciso artículo 160 Constitución Política).

Iniciativa: honorable Senador *Jairo Clopatofsky Ghisays*.

Publicación proyecto: ***Gaceta del Congreso*** número 496 de 2008-554 de 2008.

Publicación ponencia para primer debate Senado: ***Gaceta del Congreso*** número 830 de 2008.

Número de artículos proyecto original: Seis (6) artículos.

Número de artículos texto propuesto: Dos (2) artículos.

Número de Artículos Aprobados: Dos (2) artículos.

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

COMISION SEPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., a los nueve (9) días del mes de diciembre año dos mil ocho (2008)

En la presente fecha se autoriza la publicación en la ***Gaceta del Congreso*** de la República, del texto definitivo, en tres (3) folios, al Proyecto de ley número 067 de 2008 Senado, y su Acumulado número 129 de 2008 Senado, *por la cual se modifica la Ley 361 de 1997 y se dictan otras disposiciones.*

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

CONCEPTOS JURIDICOS

CONCEPTO JURIDICO DEL MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NUMERO 0110 DE 2008 SENADO

por la cual se incluye a los Bomberos de la Aeronáutica Civil en el Decreto 2090 del 28 de julio de 2003.

Bogotá, D. C., marzo 31 de 2009.

Doctor

JESUS MARIA ESPAÑA VERGARA

Secretario

Comisión Séptima

Honorable Senado de la República

La Ciudad

Asunto: Concepto Técnico al Proyecto de ley número 0110 de 2008 Senado, *por la cual se incluye a los Bomberos de la Aeronáutica Civil en el Decreto 2090 del 28 de julio de 2003*.

Respetado doctor España:

Relacionado con el proyecto de la referencia que cursa en la honorable Comisión Séptima del Senado, me permito presentar el concepto del Ministerio de la Protección Social, solicitando la no aprobación del mismo, por las siguientes razones técnicas y jurídicas:

a) El numeral 60 del artículo 2° del Decreto 2090 de 2003, considera actividad de alto riesgo para la salud de los trabajadores a los Cuerpos de Bomberos, a la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios; la reforma busca específicamente incluir a los bomberos que prestan sus servicios en la Aeronáutica Civil.

El gran inconveniente con el Proyecto de ley número 00110 de 2008, Senado, es que el Cuerpo de Bomberos de la Aeronáutica Civil, no pertenecen a las instituciones bomberiles, consagradas en la Ley 322 de 1996, es un cuerpo de bomberos empresarial.

Los cuerpos de bomberos son instituciones encargadas de la previsión y extinción de incendios y demás calamidades conexas y se clasifican en:

• Cuerpos de Bomberos Oficiales creados por los Concejos Departamentales, Distritales, y Municipales o quienes hagan sus veces en las entidades territoriales indígenas para el cumplimiento de este servicio público a su cargo y en su respectiva jurisdicción.

• Los Cuerpos de Bomberos Voluntarios, que son asociaciones cívicas, sin ánimo de lucro, de utilidad

común y con personería jurídica, reconocidas como tales por la autoridad competente; y organizadas para la prestación de este servicio público en cuanto a la prevención y atención de incendios y calamidades conexas,

Los trabajadores que laboran en la extinción de incendios y demás actividades conexas y que hacen parte del cuerpo de bomberos, ameritan el derecho a una pensión especial de vejez por estar permanentemente expuestos a altas temperaturas, gases y vapores tóxicos.

b) Esta actividad laboral que es considerada permanente, dadas las constantes emergencias a las cuales se encuentran sometidos, se encuentra enmarcada por la exposición a calor extremo el cual puede producir el llamado golpe de calor[1] (hiperpirexia), cuyas características son: agotamiento por calor (fallo circulatorio, síncope por calor), deshidratación, déficit de sales, insuficiencia de sudoración, estrés térmico, ataques cardíacos agudos y calambres por calor[2]. Además el calor produce alteraciones cutáneas como exantema, eritema, intertrigo, urticaria y finalmente los cuerpos de bomberos de oficio o profesión habitual o permanente están expuestos a gases tóxicos como el dióxido u monóxido de carbono, produciendo por lo tanto una alta demanda física la cual se traduce en menos años de vida y menos calidad de la misma.

c) Con base a lo expresado anteriormente, el Sistema de Seguridad Social Integral mediante el Decreto 2090 de 2003, les da a estos trabajadores (Cuerpo de Bomberos) un status preferencial y justificado, reconociéndoles la oportunidad de una pensión especial de vejez, previo el pago de una cotización especial de los 10 puntos más sobre la base que por ley corresponde cotizar, durante por lo menos setecientas (700) semanas, en forma continua o discontinua.

d) Conforme lo establecido en la Ley 322 de 1996, existe diferencia en cuanto a la constitución y conformación de Cuerpo de Bomberos y Bomberos, ya que los primeros son constituidos y conformados por los Departamentos, Distritos, Municipios o Territorios Indígenas, siendo su profesión u oficio permanente, continuo y de dedicación exclusiva a la atención de emergencias relacionadas con exposición a factores de riesgo con presencia de altas temperaturas como consecuencia del fuego. Y los segundos (bomberos) sin que exista discriminación de los trabajadores, así cumplan la misma labor de extinción de incendios están conformados por personal de una empresa o entidades públicas que las conforman, y que hacen parte de las Brigadas de Emergencia las cuales pertenecen al Grupo de Prevención, Control y Combate de Incendios.

e) La obligación de conformar el Grupo de Prevención, Control y Combate de Incendios, se deriva del deber legal de la empresa(s) de tener un plan de emergencias, que es el conjunto de normas y procedimientos destinados a prevenir y controlar en forma oportuna y adecuada, las situaciones de riesgo de una empresa y se encuentran fundamentadas en:

• Artículo 127 de la Ley 9ª de 1979 (prestación de primeros auxilios).

• Artículos 205 a 234 de la Resolución 2400 de 1979, de la prevención de incendios.

• Artículo 30 numeral 5 del Decreto 614 de 1984 (servicio de primeros auxilios).

• Artículo 10 numeral 7 (servicios de primeros auxilios) y artículo 11 numeral 18 (Plan de Emergencia) de la Resolución 1016 de 1989.

• Ley 46 de 1988, mediante la cual se crea y organiza el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, SNPAD.

• Decreto 919 de 1989, con el cual se organiza el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres.

• Decreto 1295 de 1994 Sistema General de Riesgos Profesionales.

• Decreto 93 de 1998, por el cual se adopta el Plan Nacional para la Prevención y Atención de Desastres.

Dentro del Plan de Emergencias se encuentra contemplada la Brigada de Emergencias, la cual es la responsable de asumir los procedimientos administrativos u operativos para prevenir y controlar las emergencias y se clasifican en incipientes o básicas y estructurales.

Estas brigadas están compuestas por:

• Jefe de Brigada.

• Grupo de Prevención, Control y Combate de Incendios.

• Grupo de Evacuación y Rescate.

• Grupo de Primeros Auxilios.

• Grupo de Haz Mat.

Las funciones del Grupo de Prevención, Control y Combate de Incendios son:

• Controlar el fuego técnica y ordenadamente.

• Remover los escombros y limpiar el área.

• Apoyar al grupo de evacuación y rescate.

• Salvamento de bienes, equipos y maquinaria.

• Supervisar el mantenimiento de equipos de extinción.

• Capacitarse en prevención y extinción de incendios.

• Investigar e informar los resultados sobre causas.

f) Según lo anteriormente expuesto en ningún momento se puede afirmar que los Grupos de Prevención, Control y Combate de Incendios que por ley deben tener ciertas empresas, sean bomberos o ejerzan las mismas funciones que los Cuerpos de Bomberos quienes en sus actividades diarias y permanentes se encargan de la extinción de incendios

[1] www.meas.es/insh/EncOIT/pdf/tomo2/42.pdf.página42.9.

[2] Enfermedades profesionales protocolo para su diagnóstico Ministerio de Trabajo y Seguridad Social – Sociedad de Medicina del Trabajo. 1999, página 540.

y actividades conexas, en cambio el Grupo de Prevención, Control y Combate de Incendios atienden y tienen su radio de acción dentro de la empresa o entidad que los conforma, y su actuación ante un incendio es esparcida u ocasional y no permanente como se exige para obtener una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo.

g) Es así como existe diferencia entre los dos trabajos, mientras los bomberos que pertenecen a los Cuerpos de Bomberos conforme a la Ley 322 de 1996 tienen una alta exposición de carácter permanente, los que laboran en la Brigada de Emergencia sólo se limitan a atender a la entidad que los conforma de manera particular.

Respecto al tema del derecho de igualdad la Corte Constitucional se pronuncia mediante la Sentencia C-952 de 2000 de la siguiente forma:

"La aplicación afectiva de la igualdad corresponde, entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las exigencias propias de las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven.

Así, puede decirse que la vigencia del derecho de igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción, o que, aún en casos en los que hay individuos enfrentados en una misma situación, existan motivos que justifican un trató particularizado".

"… Siempre será necesario que la referencia a la igualdad, como derecho y valor fundante de una sociedad política, no se agote en la mera consideración formal de los problemas jurídicos, sino que se sustente en la posibilidad de establecer diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos, hipótesis, esta última, que expresa la conocida regla de justicia que exige a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual. Este es, sin duda, un cambio cualitativo fundamental en el concepto del derecho a la igualdad que en consecuencia del desarrollo histórico operado al interior del Estado de Derecho en el que, inicialmente, la igualdad –exclusivamente formal– se cifraba tan sólo en los efectos de la ley, con absoluta prescindencia de los contenidos normativos; dicha tendencia fue dando paso a una interpretación que, conforme a los postulados del Estado Social de Derecho, prohíja la igualdad en el contenido de la ley, haciendo posible, de esta forma, el surgimiento de un control de constitucionalidad orientada a examinar la correspondencia de la actividad legislativa o administrativa de la Constitución".

h) Es así como en este caso el trato diferencial que le está dando la normatividad a los trabajadores del cuerpo de bomberos, se justifica en la medida que hay un criterio técnico que es la disminución de la expectativa de vida, el cual no se presenta en el caso de los trabajadores que se ocupan de la extinción de incendios en la Aeronáutica Civil.

En conclusión, no existe viabilidad técnica, científica y constitucionalmente para que a los trabajadores del Grupo de Prevención, Control y Combate de Incendios de la Aeronáutica Civil se le otorgue una pensión especial de vejez, ya que en caso de otorgarse dicha pensión, se presentaría causando un grave problema en todas las empresas que en cumplimiento de la Ley de Brigadas de Emergencia, y de la cual hacen parte los Grupos de Prevención, Control y Combate de Incendios se les tendría que otorgar una pensión especial, sin cumplirse el supuesto jurídico de estar expuestos de manera permanente a los factores de riesgo que tienen quienes realizan las actividades de extinción de incendios en los Cuerpos de Bomberos Oficiales o Voluntarios.

Así mismo el hecho de que los trabajadores que realizan extinción de incendios en la Aeronáutica no tengan derecho a la pensión especial de vejez, no significa que no deban estar sujetos a las reglas generales de la Seguridad Social Integral (pensiones, salud y riesgos profesionales), que se aplican para todos los trabajadores.

Por lo anterior, el presente proyecto de ley no tiene concepto favorable del Ministerio de la Protección Social por los motivos enunciados anteriormente.

Cordialmente,

Carlos Ignacio Cuervo Valencia,

Viceministro de Salud y Bienestar.

COMISION SEPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., a los treinta y uno (31) días del mes de marzo año dos mil nueve (2009)

En la presente fecha se autoriza la publicación en la ***Gaceta del Congreso*** de la República, el concepto jurídico, suscrito por el Viceministro de la Protección Social, doctor Carlos Ignacio Cuervo Valencia, en cinco (5) folios, frente al Proyecto de ley número 110 de 2008 Senado, *por la cual se incluye a los Bomberos de la Aeronáutica Civil en el Decreto 2090 del 28 de julio de 2003* (mediante el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades). Autoría del proyecto de ley de los honorables Senadores *Jesús Antonio Bernal Amorocho* y *Néstor Iván Moreno Rojas.*

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

CONCEPTO JURIDICO DEL MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NUMERO 15 DE 2008 SENADO

mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida.

Dependencia 10000

Bogotá, D. C., 25 de marzo de 2009

Doctor

JESUS MARIA ESPAÑA VERGARA

Secretario Comisión Séptima

Honorable Senado de la República

Ciudad

Referencia: Proyecto de ley número 15 de 2008 Senado, *mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida.*

Señor Secretario:

Cursa en la Comisión Séptima del Senado de la República, la iniciativa parlamentaria de la referencia, la cual se encuentra pendiente de ponencia para primer debate. En consecuencia, consideramos oportuno dar a conocer el concepto institucional en relación con su contenido desde la perspectiva del sector de la Protección Social, tomando como documento base el texto propuesto para primer debate en la ***Gaceta del Congreso*** número 905 del 5 de diciembre de 2008.

Una vez estudiado el proyecto de ley relacionado en el asunto y la correspondiente exposición de motivos sobre su contenido, cuyo objeto principal es el de reglamentar el derecho de las personas con enfermedades crónicas, degenerativas e irreversibles que ocasionen graves pérdidas en la calidad de vida, a recibir un tratamiento paliativo integral y digno y a desistir de procedimientos médicos que no cumplan con el principio de proporcionalidad terapéutica, se puede establecer que dicha iniciativa se ajusta a lo dispuesto en los artículos 158, 169 y 154 de la Constitución Política que hacen referencia a la unidad de materia, título de la ley y origen de la iniciativa.

Igualmente, se puede establecer que la iniciativa legislativa pretende desarrollar los postulados del Estado Social de Derecho[1], el cual busca que todas las acciones u omisiones del Estado y los particulares se basen y dirijan en y hacia el respeto del principio de la **dignidad humana,** al pretender regular los servicios de cuidados paliativos que persiguen el máximo trato razonable y la mínima afectación del cuerpo y del espíritu para quienes sufren enfermedades crónicas, degenerativas e irreversibles que causan un gran impacto en la calidad de vida de los pacientes, buscando el desarrollo del derecho de los mismos a llevar una vida digna.

Respecto del derecho a una vida digna, la Corte Constitucional en Sentencia T – 099/99, estableció:

"El concepto de vida, supone un derecho constitucional fundamental no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima afectación posible del cuerpo y del espíritu. El ser humano, necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías en la salud, aún cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles, poniendo en peligro la dignidad personal, resulta válido pensar que el paciente tiene derecho, a abrigar esperanzas de recuperación, ***a procurar alivio a sus dolencias****, a buscar, por los medios posibles, la posibilidad de una vida, que no obstante las dolencias, pueda llevarse con dignidad" (*negrillas fuera de texto).

Así las cosas, queda claro que la intención de la iniciativa legislativa también se ajusta a los postulados constitucionales basados en el respeto a la dignidad humana.

Sin embargo, se hace necesario realizar las siguientes observaciones generales respecto de la conveniencia de la iniciativa legislativa en estudio:

Dado que el proyecto de ley versa sobre derechos y deberes fundamentales de las personas, este debe estar concebido dentro del marco de una ley estatutaria de acuerdo a lo establecido en el artículo 152 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 2 de 2004, lo que implica que debe surtir el trámite previsto en el artículo 153 de la Constitución Política que establece:

"Artículo 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla".

Al respecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 620 de 2001 señaló:

(...)

---

[1] El artículo 1° de la Constitución Política establece "*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 esa jurisprudencia y con los precedentes constitucionales anteriores a esta[2]*, puede concluirse que tal situación ocurre cuando (i) el asunto trata de un derecho fundamental y no de un derecho constitucional de otra naturaleza, (ii) cuando por medio de la norma está regulándose y complementándose un derecho fundamental, (iii) cuando dicha regulación toca los elementos conceptuales y estructurales mínimos de los derechos fundamentales, y (iv) cuando la normatividad tiene una pretensión de regular integralmente el derecho fundamental.*

En este orden de ideas, puede observarse entonces que la existencia de las leyes estatutarias tienen una función doble, identificada especialmente por medio de los criterios (ii) y (iii). Por un lado, la de permitir que el legislador integre, perfeccione, regule y complemente normas sobre derechos fundamentales, que apunten a su adecuado goce y disfrute. Y por otro, la de establecer una garantía constitucional a favor de los ciudadanos frente a los eventuales límites que, exclusivamente en virtud del principio de proporcionalidad, pueda establecer el legislador".

(...)

Como se observa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que las disposiciones que deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, concretamente en lo que respecta a derechos fundamentales, son aquellas que de alguna manera tocan su núcleo esencial o mediante las cuales se regula en forma "íntegra, estructural o completa" el derecho correspondiente.

Acorde con lo anteriormente indicado, existen elementos de juicio para considerar que se está abordando un tema susceptible de ser tratado como una ley estatutaria.

De otro lado, cabe señalar que de acuerdo con la legislación actualmente vigente, la prestación de los servicios de cuidados paliativos se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud – POS. Así lo evidencian los artículos 7° del Acuerdo 008 de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, *"por el cual se adopta el Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud"* y 18 de la Resolución 5261 de 1994, *"por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud"*, los cuales establecen:

"Artículo 7°. *Aprobar las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud que no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos, suntuarios, y aquellos que expresamente defina el Consejo en el futuro, más los que se describen a continuación:*

(...)

m) Actividades, procedimientos e intervenciones de tipo curativo para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de recuperación. ***Podrá brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionalidad de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existan posibilidades y la incomodidad o terapia de mantenimiento****. Todas las actividades, intervenciones y procedimientos deben estar contemplados en las respectivas Guías de Atención Integral".*

*"****Artículo 18.*** *De las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud. En concordancia con lo expuesto en los artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación:*

i. Actividades, procedimientos e intervenciones para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinimatrosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no exista posibilidades de recuperación. ***Podrá brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la incomodidad y la disfuncionalidad o terapia de mantenimiento. (...)".*** Resaltado fuera de texto

Queda claro entonces que dichos servicios podrán ser prestados por las entidades encargadas de hacerlo en los casos determinados en las normas mencionadas, ya que los mismos se encuentran cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud.

En igual sentido, cabe resaltar que uno de los objetivos de la propuesta, es conseguir la atención integral en salud de aquellas personas que padezcan enfermedades crónicas, degenerativas e irreversibles que ocasionen graves pérdidas en la calidad de vida, sin embargo la protección integral es uno de los postulados básicos del Sistema de Seguridad Social en Salud, tal como se lee en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, el cual reza: *"El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico,* ***tratamiento*** *y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud*".

La Corte Constitucional Colombiana, ha revestido de ciertas características al Plan Obligatorio de Salud –POS–, y en las decisiones que tienen que ver con su alcance ha puntualizado:

"En este sentido, la definición de los distintos planes, sistemas o subsistemas, no puede ser arbitraria ni distanciarse de la obligación constitucional de diseñar un modelo solidario, eficiente y universal que tienda a la satisfacción de las necesidades de salud de los habitantes. Adicionalmente,

---

[2] Entre otras, pueden consultarse las siguientes Sentencias: C-567 de 1997, C-384 de 2000, C-670 de 2001.

la Constitución establece una serie de contenidos mínimos que deben ser respetados por todo sistema obligatorio de seguridad social en salud. En efecto, por ejemplo, todo sistema debe garantizar, por lo menos, el núcleo esencial del derecho a la salud de los menores[3]*. Siguiendo esta doctrina, la Corte ha indicado, entre otras cosas, que no son válidas las exclusiones del POS cuando con ellas se afecte el derecho fundamental a la salud de los niños*[4]*. Adicionalmente, esta Corporación ha establecido, que las entidades encargadas de satisfacer el POS no pueden alegar que una cierta enfermedad sea incurable para negar todo tipo de atención al paciente*[5]*. De otra parte, la Corte ha señalado que no resultan válidas las exclusiones de medicamentos o tratamientos que son necesarios para mantener la vida del paciente cuando hayan sido recetados por el médico tratante*[6] *o para curar o paliar dolores intensos*[7]*. En síntesis, si bien es cierto que no existe reproche constitucional alguno a la existencia de planes complementarios al plan obligatorio de salud, también lo es que este último debe contener un mínimo de protección so pena de comprometer los derechos fundamentales de los usuarios*[8]*".*

Así las cosas, es evidente que el objetivo del proyecto de ley, se encuentra cobijado por normas ya existentes, toda vez que la protección integral, como quedó anotado, se encuentra establecida como uno de los principios de la Ley 100 de 1993, que contiene los postulados básicos del Sistema de Seguridad Social en Salud actualmente vigente.

De lo anterior se puede concluir que, en lugar de crear una legislación específica sobre el tema, lo que se debe es abogar por la creación de lineamientos técnico-científicos más operativos y normas técnicas que den pautas efectivas para la atención de los llamados pacientes terminales o que padezcan enfermedades crónicas irreversibles de alto impacto en la calidad de vida, así como el fortalecimiento de los mecanismos de inspección, vigilancia y control sobre las entidades que prestan los servicios de salud.

Adicionalmente, es necesario realizar las siguientes observaciones en torno al articulado propuesto:

Artículo 2°. "*Enfermo en fase terminal"*.

En la definición de "*enfermo terminal*", la expresión *"en plazo relativamente breve"*, puede resultar subjetiva y afectar la definición misma al no tener claro un parámetro de comparación para determinar qué se entiende por plazo breve.

Artículo 5°. "*Derechos de los pacientes".*

En este artículo se establecen los derechos de los pacientes que padecen una enfermedad crónica irreversible y degenerativa de alto impacto en la calidad de vida, sin embargo no se advierte cómo los mismos difieren de los generales de todo paciente salvo, tal vez, la posibilidad de cambiar de médico. Una disposición en tal sentido genera un contraste con los derechos del paciente en general y la calidad en el servicio que le es prestado. Esto supondría que la relación médico-paciente, el derecho a la información y el derecho a la asistencia no serían contenidos mínimos de otros padecimientos cuando, sin duda, deben serlo.

Así mismo, se determina que es el paciente quien define el tratamiento que le debe ser suministrado cuando padece una enfermedad de alto impacto en su calidad de vida, sin embargo, la Corte Constitucional ha manifestado en varias oportunidades que quien debe escoger el tratamiento para cualquier paciente es el médico tratante. Así, en Sentencia T-134 de 2007 la Alta Corporación manifestó:

"El criterio al cual se debe remitir el juez de tutela en estos casos es la opinión del médico tratante, en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). Esa es la fuente, de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona.

(...)

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el dictamen del médico tratante es necesario, pues si no se cuenta con él, no es posible que el juez de tutela, directamente, imparta la orden, así otros médicos lo hayan señalado, o estén dispuestos a hacerlo. De forma similar, la jurisprudencia ha considerado que el concepto del médico tratante prevalece cuando se encuentra en contradicción con el de funcionarios de la E.P.S. la opinión del profesional de la salud debe ser tenida en cuenta prioritariamente por el juez".

En consecuencia, la disposición que se comenta podría conducir, en ciertas ocasiones, a una disyuntiva, no tanto en relación con la decisión del paciente –que desarrolla su albedrío– sino con respecto a los costos que se generan con cargo al sistema y a la justificación de los mismos cuando se asume el cuidado paliativo.

Igualmente, en el artículo analizado, se regula lo concerniente al derecho que tienen los pacientes con enfermedades crónicas, degenerativas e irreversibles de alto impacto en la calidad de vida, de suscribir un testamento vital y de desistir de determinados tratamientos, empero dicha posibilidad no sólo debe cobijar a quienes se encuentren bajo el padecimien-

---

3 En este sentido puede estudiarse, por ejemplo, la Sentencia SU-225/98 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), que al respecto indica, entre otras cosas, que "(h)ace parte del núcleo esencial del derecho a la salud de los menores, el atentado grave –por acción o por omisión– contra su salud, que de ninguna manera puede ser evitado o conjurado por la persona afectada y que pone en alto riesgo su vida, sus capacidades físicas o psíquicas o su proceso de aprendizaje o socialización".

4 T-640/97 (M. P. Antonio Barrera Carbonell); T-001/95 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

5 T-001/95 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo); T-068/94 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

6 SU-480/97 (M. P. Alejandro Martínez Caballero). T-221/95 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

7 T-499/92 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-102/98 (M. P. Antonio Barrera Carbonell).

8 C-599 de 21 de octubre de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

to de tales enfermedades, sino que son derechos atribuibles a todo individuo mayor de edad como prolongación de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, además de que sin necesidad de la existencia de ley alguna, ninguna persona estaría obligada a recibir un tratamiento que no quiere, cualquiera sea la razón que lo asista y no exclusivamente porque padezca una enfermedad terminal.

De este modo, lo que debería resaltarse en el proyecto es que esa posibilidad se radique en otras personas cuando el paciente se encuentre inconsciente o no pueda autodeterminarse sin lo cual el esfuerzo normativo se torna en inane.

Por último, en lo que atañe a la manifestación con anterioridad en estado de inconsciencia, se generan varias dudas entre las que se pueden enumerar las siguientes:

– Cuánta vigencia puede tener dicho documento.

– Si el mismo puede ser emitido cuando la persona no sabe que padece una enfermedad terminal.

– Finalmente y derivado de lo anterior, si la persona no lo sabe o no la padece, cómo se puede evaluar esa manifestación de la voluntad.

En relación con la vigencia de la ley, señalada en el artículo 10 del proyecto, se advierte un problema de técnica legislativa. En efecto, este artículo previene que la misma empezará a regir "a partir de su sanción", lo que dista del principio de publicidad de la ley según el cual la misma sólo puede entrar a regir una vez esté inserta en el órgano oficial de divulgación. La sanción de una norma es un acto previo a la publicidad (y en todo caso no necesariamente concomitante) y conduciría a admitir la retroactividad.

Así, con fundamento en las anteriores consideraciones, se puede establecer que el proyecto de ley en estudio desconoce mecanismos e instancias ya instituidas en el SGSSS y puede apartarse del esquema de prestaciones del mismo el cual gira alrededor de lo que indica el médico tratante.

Cordialmente,

Diego Palacio Betancourt,

Ministro de la Protección Social.

C.C. Honorables Senadores *Dilian Francisca Toro* – Ponente. *Víctor Velásquez* – Ponente.

COMISION SEPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., a los treinta (30) días del mes de marzo año dos mil nueve (2009)

En la presente fecha se autoriza la publicación en la ***Gaceta del Congreso*** de la República el Concepto Jurídico del Ministerio de la Protección Social, doctor (Diego Palacio Betancourt), en ocho (8) folios, al Proyecto de ley número 015 de 2008 Senado, *mediante el cual se crean Unidades de Cuidados Paliativos para el manejo integral de Pacientes Terminales y se prohíben tratamientos extraordinarios o desproporcionados para ellos que no dan calidad de vida*. Autoría del proyecto de ley del honorable Senador *Alvaro Ashton Giraldo*.

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

CONTENIDO

Gaceta número 179 - Jueves 2 de abril de 2009

SENADO DE LA REPUBLICA
TEXTOS DEFINITIVOS

Págs.

Texto definitivo al Proyecto de ley número 067 de 2008 Senado y su acumulado número 129 de 2008 Senado (Aprobado en sesión ordinaria de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del honorable Senado de la República, de fecha diciembre nueve (9) de 2008 - según Acta 27), por la cual se modifica la Ley 361 de 1997 y se dictan otras disposiciones. 1

CONCEPTOS JURIDICOS

Concepto jurídico del Ministerio de la Protección Social al Proyecto de ley número 0110 de 2008 Senado, por la cual se incluye a los Bomberos de la Aeronáutica Civil en el Decreto 2090 del 28 de julio de 2003..... 2

Concepto jurídico del Ministerio de la Protección Social al Proyecto de ley número 15 de 2008 Senado, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida. 5

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - 2009