

Medellín, 14 de julio de 2015

H. Concejal  
**ROBER BOHORQUEZ ALVAREZ**  
Presidente Comisión Tercera  
Concejo de Medellín  
Ciudad

ASUNTO: Concepto Jurídico sobre el Proyecto de Acuerdo No. 316 de 2015

De acuerdo con la solicitud de concepto jurídico respecto del Proyecto de Acuerdo No. 316 de 2015 *“Por medio del cual se establece una política pública para cuidadores y familiares voluntarios de personas con dependencia de cuidado y conformación de redes barriales del cuidado familiar y voluntario en la ciudad de Medellín.”* me permito hacer el siguiente análisis jurídico:

## 1. CONSTITUCIONALIDAD

Nuestra Constitución Política de 1991, al reconocer y consagrar los Principios Fundamentales del Estado Colombiano, establece que el mismo está fundado en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general; en el Artículo 13 establece: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometa”.

Como derechos fundamentales de los Colombianos, nuestra Carta Política, enfatiza que el derecho a la vida es inviolable (Art. 11 C.N.), así mismo, La Constitución, incluye el reconocimiento de derechos especiales a personas que se encuentran con dependencia de cuidados como los transcritos a continuación, de donde se deriva su carácter humanista.

Artículo. 44. Protección de la niñez. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada,*

*su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

*(...)*

*Artículo. 46. Derechos de las personas de la tercera edad. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.*

*El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.*

*Artículo. 47. Protección a débiles físicos y psíquicos. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.*

El artículo 48 define la obligatoriedad de la seguridad social como servicio público, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

En cuanto al servicio de salud el artículo 49 señala que es un servicio público a cargo del Estado y que este debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

*“Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.*

De todo lo anterior podemos colegir, que la Carta Política del 91 consagra la atención a las personas en estado de dependencia, ya sea por enfermedad crónica, aguda o transmisible, accidente, defecto genético de nacimiento entre otras, como una responsabilidad del Estado en concordancia.

## 2. JURISPRUDENCIA

La Honorable Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia ha hecho especial mención a la protección por parte del Estado que tienen aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta:

Sentencia SU-062 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

*El ser humano,(...) necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías orgánicas, aún cuando no tengan el carácter de enfermedad, afectan esos niveles, alterando sensiblemente la calidad de vida, resulta válido pensar que esa persona tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, a buscar, por los medios posibles, la posibilidad de una vida mejor, que no obstante las dolencias, pueda llevarse con dignidad.*

Sentencia T-782 de 2013, M. P. Nilson Pinilla Pinilla

*“En torno al servicio de cuidador primario, recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la Corte ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia.”.*

Así pues, siempre que se presenten las circunstancias a continuación expuestas, una Entidad Prestadora de Salud (EPS), en principio, no es la llamada a garantizar el servicio de cuidador permanente a una persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta: (i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona

proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.

En este orden de ideas, de no mediar las circunstancias enunciadas anteriormente, el deber de suministrar el servicio de cuidador permanente o principal, como ya se dijo, radica en cabeza del Estado, quien es el encargado de proteger y asistir especialmente a los sujetos que por su condición física, económica o mental, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.

La Corte Constitucional con respeto a los grupos de población que se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta, entre los que están los niños, niñas y adolescentes, las personas de avanzada edad y quienes se encuentren en condición de discapacidad, ha expresado:

*Que, tratándose de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la salud tiene el alcance de un derecho fundamental autónomo, sin que surja la necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela.”*

La especial protección constitucional para niños, niñas y jóvenes, resulta fundamental y prevalente según lo emanado del artículo 44 superior, como lo ha reiterado esta Corte, por ejemplo en fallo T-036 de enero 28 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, donde expresó: “... los niños y las niñas son sujetos de especial protección, ... su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad... sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Por ello, la acción de tutela procede cuando se vislumbre su vulneración o amenaza y es deber del juez constitucional exigir su protección inmediata y prioritaria. Los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional.

*Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán inaplicar las disposiciones que restringen el POS, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías constitucionales.”*

Respecto a la especial condición en que se encuentran las personas de edad avanzada, la Corte ha resaltado la protección que a su favor impone el artículo 46 superior, primordialmente por el vínculo que une la salud con la posibilidad de llevar una vida digna, como se hizo constar, entre otros, en fallo T-1087 de diciembre 14 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño:

*“Esa relación íntima que se establece entre el derecho a la salud y la dignidad humana de las personas de la tercera edad, ha sido también recalcada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su observación general número 14 que, en su párrafo 25 establece: ‘25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general No. 6 (1995), reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables...’”*

También es clara la protección constitucional para las personas con limitaciones físicas, funcionales, psíquicas y sensoriales, como puede constatarse, entre otras, en la sentencia T-035 de febrero 3 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: *“Según el ordenamiento constitucional e internacional, en el caso del tratamiento de una persona con discapacidad física o psíquica merece una especial protección y su tratamiento debe ser especializado, ya que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y deben ser sujetos de atención adecuada... ‘De acuerdo con el artículo 47 de la Constitución Política, los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos tienen derecho a que el Estado adelante una política de previsión, rehabilitación e integración social en su favor, y a que se les preste la atención especializada que requieran’.”*

### 3. NORMAS LEGALES

La Ley 1251 de 2008

Tiene como objeto proteger, promover, restablecer y defender los derechos de los adultos mayores, orientar políticas que tengan en cuenta el proceso de envejecimiento, planes y programas por parte del Estado, la sociedad civil y la familia y regular el funcionamiento de las instituciones que prestan servicios de atención y desarrollo integral de las personas en su vejez, de conformidad con el artículo 46 de la Constitución Nacional, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, Plan de Viena de 1982, Deberes del Hombre de 1948, la Asamblea Mundial de Madrid y los diversos Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Colombia.

Y en Artículo 2º establece que la finalidad de esta ley, es lograr que los adultos mayores sean partícipes en el desarrollo de la sociedad, teniendo en cuenta sus experiencias de vida, mediante la promoción, respeto, restablecimiento, asistencia y ejercicio de sus derechos.

Con respecto a las personas con algún tipo de discapacidad, la Ley 1618 de 2013, establece en su Artículo 1º que el objeto de esta ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009.

Y en los siguientes artículos hace relación a la garantía de sus derechos y el acompañamiento que deben hacer sus familias:

**Artículo 5º. Garantía del ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión.** *Las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, distrital y local, en el marco del Sistema Nacional de Discapacidad, son responsables de la inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad, debiendo asegurar que todas las políticas, planes y programas, garanticen el ejercicio total y efectivo de sus derechos, de conformidad con el artículo 3º literal c), de Ley 1346 de 2009. (.....)*

**Artículo 8º. Acompañamiento a las familias.** *Las medidas de inclusión de las personas con discapacidad adoptarán la estrategia de Rehabilitación Basada en la*

*Comunidad (RBC) integrando a sus familias y a su comunidad en todos los campos de la actividad humana, en especial a las familias de bajos recursos, y a las familias de las personas con mayor riesgo de exclusión por su grado de discapacidad, en concordancia con el artículo 23 de Ley 1346 de 2009, (.....)*

#### **4. IMPACTO FISCAL DEL PROYECTO DE ACUERDO**

En los artículos 4, 11 y 12, del proyecto de Acuerdo en estudio, se hace relación a la asignación de recursos para la ejecución del Acuerdo y la forma en que se obtendrán los mismos, se debe tener en cuenta que la Ley 819 de 2003, en cuyo artículo 7º exige que en los proyectos que implique gasto público se debe establecer claramente el costo fiscal y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo, y es de anotar que en este proyecto de Acuerdo no se cumple esta exigencia, o por lo menos a esta agencia del Ministerio Público, no se allegó la constancia del costo fiscal y la fuente de ingresos necesarios para financiarla. La norma en mención es del siguiente tenor literal: (...)

***Artículo 7º. Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.***

***Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.***

*El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.*

*Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberán contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

***En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.***

Por consiguiente se recomienda que la Secretaría de Hacienda expida concepto referente a la viabilidad financiera de este proyecto de acuerdo.

## **5. ANALISIS**

Pretende la Honorable Corporación Concejo de Medellín adoptar por Acuerdo la política pública para cuidadores familiares y voluntarios de personas que dependan del cuidado de otras por incapacidad para valerse por sí solos.

Conforme a la exposición de motivos, a su articulado y al costo e impacto financiero que la iniciativa tendría en su etapa de ejecución en el presupuesto del Municipio de Medellín, esta Agencia del Ministerio Público considera pertinente que la iniciativa, previa a su aprobación, sea avalada por la Administración municipal (Alcalde). Así mismo, al cumplimiento de lo establecido en el artículo 7 de la ley 819 de 2003, siempre y cuando dicha iniciativa se ajuste a las competencias que por ley le son otorgadas a los entes territoriales en dicha materia.

Ahora bien, desde la perspectiva de las políticas públicas, considera esta Agencia del Ministerio Público que el proyecto de Acuerdo cumple con los elementos básicos de una política pública en tanto favorece el interés legítimo, tiene en cuenta la voluntad de los ciudadanos, apunta a transformar una realidad estudiada, define un objeto acorde con la política que se pretende implementar, pero no deja clara la ruta que evidencie los instrumentos mediante los cuales se ejecuta (incluyendo aspectos de regulación, de financiamiento, y de mecanismos de prestación de las políticas) y los servicios o acciones principales que se llevan o deberían llevarse a cabo de acuerdo a los principios propuestos.

No obstante lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público, quiere resaltar un tipo de iniciativa como está la cual apunta a un propósito loable como lo es la de adoptar una política pública para cuidadores familiares y voluntarios de personas con dependencia de cuidado, que conforme lo ha manifestado la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional al recordar que la Constitución Política de Colombia dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la



familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud.

El presente concepto no es vinculante, por lo tanto, no debe constituirse en criterio de interpretación o motivación para el destinatario del mismo, ni compromete la responsabilidad de la Personería de Medellín.

Atentamente,

**RODRIGO ARDILA VARGAS**

Personero de Medellín

PROYECTO: JARESTREPO  
REVISOR: JGGOMEZ