



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XIX - N° 919

Bogotá, D. C., jueves, 18 de noviembre de 2010

EDICIÓN DE 12 PÁGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE PRIMERA VUELTA AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 016 DE 2010 CÁMARA, 019 DE 2010 SENADO

por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal.

Bogotá, D. C. 16 de noviembre de 2010

Honorables Senadores

MESA DIRECTIVA COMISIÓN PRIMERA

Atn. EDUARDO ENRÍQUEZ MAYA

Presidente

Senado de la República

Ciudad

Respetado señor Presidente:

En cumplimiento de la honrosa designación que la Mesa Directiva de la Comisión Primera del honorable Senado de la República nos hiciera, de la manera más atenta, por medio del presente escrito y dentro del término establecido para el efecto, procedemos a rendir informe de ponencia para primer debate al proyecto de la referencia, de origen gubernamental.

1. Antecedentes

El día 20 de julio de 2010, el Gobierno Nacional, por conducto del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público de la época, doctor Óscar Iván Zuluaga Escobar, radicó en la Secretaría General de la honorable Cámara de Representantes, el proyecto de acto legislativo que inicialmente se denominó “*por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho*”, todo de conformidad con el artículo 375 de la Constitución Política y con el cumplimiento de los requisitos formales exigidos para el efecto.

2. Trámite

El presente proyecto de reforma constitucional surtió los dos debates correspondientes a la Cámara de Representantes, en su primera vuelta, luego de profundos debates sobre la concepción de esta reforma que establece a rango constitucional el derecho a la sosteni-

bilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho.

Los honorables Representantes a la Cámara aprobaron el proyecto de acto legislativo que allí se radicó con el número 16 de 2010 Cámara, con modificaciones al texto originalmente presentado por el Gobierno Nacional, cambios que obedecieron a las inquietudes y discusiones que se suscitaron, tanto en la Comisión Primera como en la Plenaria de esa Cámara.

Igualmente, se celebraron foros, en los cuales, los participantes expresaron sus posiciones en relación con la propuesta de reforma, algunas de las cuales inspiraron las modificaciones introducidas en los dos primeros debates de la primera vuelta.

3. Texto aprobado en segundo debate

De acuerdo con lo anterior, el texto aprobado por la honorable Cámara de Representantes es el siguiente:

Artículo 1º. *El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:*

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal es un principio que debe orientar la colaboración armónica de todas las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias”.

Artículo 2º. *El primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política quedará así:*

“Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal”.

Artículo 3º. *El primer inciso del artículo 346 de la Constitución Política quedará así:*

“El gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo”.

4. Consideraciones sobre el proyecto de acto legislativo y pliego de modificaciones

Como se observa, el Proyecto de Acto Legislativo número 16 de 2010 Cámara que se encuentra en consideración del honorable Senado de la República con el radicado 19 de 2010 Senado, ha sido objeto de modificaciones frente al radicado por el Gobierno Nacional, incluso, su epígrafe ha cambiado, y ahora es *“por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”*.

El cambio más relevante y así se puede deducir incluso de la modificación del epígrafe, corresponde a que inicialmente se concebía a la sostenibilidad fiscal como un derecho para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, y ahora se trata de *“un principio que debe orientar la colaboración armónica de todas las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias”*.

Los ponentes consideramos, que tanto los representantes a la Cámara como los Senadores de la República coincidimos con el Gobierno Nacional, en brindar principios constitucionales fundamentales que le permitan a Colombia avanzar en la realización plena del Estado Social de Derecho, en particular, en la garantía de progresividad y no regresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Esta última condición, no se puede garantizar, sino a través de la generación de un accionar público que sea sostenible fiscalmente, para lo cual, todas las autoridades públicas deben trabajar en ese sentido.

En efecto, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocidos tanto en la Constitución Política, como en instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, tienen la característica, a diferencia de los fundamentales, de ser progresivos, esto es, se otorgan en la medida de la disponibilidad de recursos; y no regresivos, es decir, una vez concedidos no se pueden negar, salvo una debida justificación constitucional.

Sólo en la medida en que se haga un uso racional de los recursos públicos, se podrá contar con una disponibilidad sostenible de los mismos la cual garantiza,

insistimos, la progresividad y no regresividad del conjunto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Para ello, es muy importante un principio superior que le indique a las diferentes Ramas y Órganos del Poder Público, la obligación que tienen de colaborar armónicamente entre sí para alcanzar la sostenibilidad fiscal, en beneficio de todos los colombianos.

Además de la necesidad de trabajar armónicamente es necesario adecuar, a la sostenibilidad fiscal, el Plan Nacional de Desarrollo y la Ley Anual de Presupuesto, esto con el fin de que el Gobierno Nacional, que es la autoridad que prepara estos proyectos, ajuste sus dos principales instrumentos económicos al principio fundamental de la sostenibilidad, el cual reitera el principio de la primacía del interés general sobre el particular.

Como se menciona en la exposición de motivos, existe legislación y jurisprudencia, no expresa eso sí, en la que se le otorga la importancia requerida a la sostenibilidad fiscal y a la estabilidad macroeconómica, de hecho, el Constituyente derivado ya se ocupó del tema en el Acto Legislativo 1 de 2005, donde se estableció la necesidad de que las leyes en materia pensional consulten la estabilidad financiera del sistema.

Lo anterior, y como bien lo expresa el proyecto, no es suficiente para garantizar unas condiciones políticas, jurídicas y económicas en las cuales se desarrolle la actividad del Estado dentro de parámetros de sostenibilidad fiscal, se requiere, claramente, de una norma constitucional que así lo consagre.

El proyecto del Gobierno, ampliamente nos indica las consecuencias de no tener una economía sostenible y de allí que se pueda concluir que con esta situación los perjudicados somos todos los colombianos, en especial los más pobres, quienes son los mayores afectados con una situación macroeconómica adversa, ya que el país se ve avocado a fenómenos recesivos que implican mayores niveles de desempleo y pobreza.

Por ello, los ponentes consideramos que el presente proyecto de acto legislativo, avanza en la dirección correcta en cuanto al manejo integral del Estado dentro de condiciones económicas racionales y sostenibles para cumplir con los mandatos superiores de la Carta Política, especialmente, en la concreción de importantes derechos que resultan muy relevantes para los ciudadanos.

En ese orden de ideas, y compartiendo la esencia del proyecto de acto legislativo, tanto con el Gobierno Nacional como con la Cámara de Representantes, los ponentes consideramos pertinente modificar el texto aprobado en segundo debate, dándole claridad a que el principio de la sostenibilidad fiscal orienta la gestión de todas las Ramas y Órganos del Poder Público mas no a la colaboración armónica entre ellas.

La colaboración armónica, requerida constitucionalmente, debe operar para que las autoridades públicas contribuyan a alcanzar la sostenibilidad fiscal del Estado.

Así la modificación propuesta es la siguiente:

Aprobado en segundo debate	Propuesta para tercero
La sostenibilidad fiscal es un principio que debe orientar la colaboración armónica de todas las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias.	La sostenibilidad fiscal es un principio que debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

Consideramos los ponentes, que con el cambio de la sostenibilidad fiscal como un principio que oriente a las Ramas y Órganos del Poder Público, y no a la cola-

boración armónica entre ellas, se le imprime una mayor fuerza a la necesidad de que los ciudadanos cuenten con un principio superior que brinde el espacio jurídico para que se garanticen los DESC, dentro de condiciones de progresividad y no regresividad, en su conjunto.

4.1 La sostenibilidad fiscal como criterio de la actividad judicial y legislativa

El imperio de la discrecionalidad judicial en Colombia, nos hace recordar el célebre debate sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional que realizaron el siglo pasado en Alemania Carl Schmitt y Hans Kelsen, parece haber traspasado las fronteras espacio-temporales para enclavarse en una actual discusión sobre las reales manifestaciones de los temores de Schmitt en lo referente al gobierno de los jueces y a la politización de la justicia. Estos elementos socavan –según los contradictores de una creadora jurisdicción constitucional– el ideal mismo de justicia y el cambio de concepción del Tribunal Constitucional de legislador negativo a órgano que participa activamente “en el conjunto de las fuentes del derecho de manera creciente”, poniendo en riesgo la división de los poderes públicos y erigiendo al mismo tiempo a esta alta corte como juez creador de derecho o legislador judicial.

La controversia sobre legitimidad y validez de esa nueva función creativa de la jurisdicción constitucional, o de los resultados de su ejercicio, presupone la adopción de dos posturas (escéptica y optimista) frente a la posibilidad de “reconocer en su gestión un poder autónomo que, en cierta medida, subordina a los demás poderes”, a través de la fuerza vinculante de su jurisprudencia y su doctrina convertidas ahora en fuente formal del derecho, a diferencia de su original carácter subsidiario o auxiliar, y complementarias del “Imperio de la Ley”.

Esta modificación en la valoración de las fuentes presenta una evidente tensión dentro de la misma Constitución. Por un lado, se encuentran los defensores de la tesis escéptica que establecen una interpretación exegética del artículo 230 de la Constitución Política, en el sentido de que tanto la jurisprudencia como la doctrina, en este caso la surgida de la jurisdicción constitucional, son criterios auxiliares de la actividad judicial, esto es, con un valor supletorio ya que es la ley positiva –general y abstracta– la que se configura como fuente formal e indiscutible del derecho, pues ella es la que ordena el imperio venerado.

Esta concepción propone y da preeminencia al ideal de Fioravanti del legislador virtuoso, esa especie de poder legislativo soberano representado en este caso por el Congreso de la República, que aparte de “reencarnar de manera indolora la voluntad general”, ofrece “el máximo de certeza y garantía de los derechos” y un control efectivo de constitucionalidad sobre las leyes que él mismo expide.

El artículo 230 de la Constitución señala que los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. Se hace urgente que los Jueces de la República por lo menos utilicen como criterio auxiliar de su actividad la sostenibilidad fiscal, antes de emitir fallos que impliquen pagos billonarios que impliquen la búsqueda de nuevos recursos.

En Sentencia de Constitucionalidad número 278 de 2007 de abril 18 de 2007 la Corte Constitucional, impone unas cargas al Estado en forma perentoria y fija un término para brindar una protección integral a la población desplazada, existen determinaciones como estas que eventualmente, requerirían de sucesivas reformas tributarias, toda vez que los recursos existentes y

los mecanismos con los que actualmente se cuenta para hacerse a ellos, en ocasiones, resultan insuficientes.

La lógica jurídica con la que se pronuncian, la mayoría de las veces, va en contravía a la lógica economista con la que las instituciones encargadas del manejo de las finanzas del Estado tienen que operar, y de ahí el llamado a que haya una convergencia.

Hay enfoques que resultan siendo contradictorios en relación con los compromisos que debe asumir el Estado, por ejemplo, frente al amparo que debe ofrecer a un grupo vulnerable como el de los desplazados y otro como el de los reinsertados, que deben tener protección en la misma proporción, pero que a los ojos de la justicia tienen tratos diferenciales. El jefe de la cartera de las finanzas públicas advirtió que atender las necesidades de los desplazados puede costar una cifra cercana a los 30 billones de pesos, cerca al 9% del PIB producto interno bruto (El espectador.com 2 de septiembre de 2010 “Minhacienda pide a jueces no sacrificar sostenibilidad fiscal con fallos”).

Dentro del criterio de igualdad y equidad que manda el artículo 230 constitucional en la actividad judicial, debería añadirse el de la sostenibilidad fiscal, ya que para el caso que nos ocupa tanto desplazados como reinsertados tiene el Estado que garantizarles una serie de derechos, pero el hecho de que los jueces hagan prevalecer las garantías de los **desplazados**, por ejemplo, puede llevar a que el Estado termine violando principios de equidad e, incluso, que uno de los grupos se “mimeticen” en el otro buscando preferencias.

Lo mismo ocurre en el **sistema de salud**, donde los pertenecientes al régimen subsidiado se desplazan hacia el contributivo, teniendo en cuenta los mayores beneficios que ofrece este último; por otro lado algunos fallos de la Corte Constitucional por ejemplo el de la cirugía de bypass gástrico –operación para adelgazar– señalan que esta intervención hace parte del Plan Obligatorio de Salud sin más.

Según el alto tribunal, esta intervención debe realizarse, por cuenta de las Empresas Promotoras de Salud, EPS, El criterio de la Corte sin mayor análisis fiscal es que el bypass gástrico pertenece al POS, ella misma señala que no es un mandato arbitrario de su parte y que a pesar de que su criterio era diferente en anterior jurisprudencia, fue suficiente para el cambio de su jurisprudencia “la claridad técnica que las instituciones especializadas dieron sobre el tema” pero no factores de sostenibilidad fiscal y es así como la Corte en la Sentencia T-103 de 2009 concede una acción de tutela a un particular y ordena a una EPS la autorización y práctica de esta operación.

Y es que una de las razones para que las EPS se demoren en realizar la operación del bypass gástrico es su alto costo. Esta cirugía cuesta entre 40 y 50 millones de pesos, mientras que el procedimiento después de la intervención quirúrgica como la dieta líquida, el ejercicio y otras actividades, puede costar más de 20 millones.

Sobre fallos que inciden en la viabilidad fiscal del país, vale hacer alusión a la Sentencia de Unificación 1194/00 donde la Corte Constitucional tuvo que salirle al paso a las múltiples tutelas que solicitaban el incremento salarial a todos los servidores públicos, declarando esas tutelas improcedentes en el proceso de revisión de múltiples fallos dictados por numerosos jueces del país, que concedían reajustes salariales a través de esta acción instauradas por trabajadores del Estado, en contra de la Presidencia de la República y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los actores, servidores públicos vinculados a diferentes entidades del Estado, consideraban en ese entonces, ser discriminados por el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 182 de febrero 11 de 2000, el cual ordenó la congelación integral a los salarios de los trabajadores que devengan entre dos y cuarenta salarios mínimos.

A juicio de los distintos actores, la certificación expedida por el Departamento Administrativo de Estadísticas, DANE, y el aumento del IPC, demostraban que la economía en Colombia bajó en 9.23%, porcentaje que según los tutelantes resultaba engañoso frente al alza de todos los productos de la canasta familiar y otros incrementados en un 16%. Por ello estimaban el perjuicio en una disminución del salario real en un 16%, por cuanto exigían al gobierno el supuesto deber de reconocer a todos y cada uno de los empleados un reajuste en sus emolumentos.

Para reiterar sus pretensiones, los demandantes trajeron a colación diferentes sentencias emitidas por la Corte Constitucional, que a su juicio, habían definido casos similares a los aquí cuestionados, destacando las Sentencias SU-519 de 1997 y la C-710 de 1999, referentes a que la remuneración de los trabajadores debe ser móvil y llamada a evolucionar proporcionalmente, de acuerdo con el aumento en el costo de la vida; y, agregan que el tiempo máximo de vigencia de cada régimen salarial, debe ir en aumento, al menos año por año, con el fin de resguardar a los trabajadores del negativo impacto que en sus ingresos laborales producen la pérdida del poder adquisitivo y el encarecimiento del costo de vida en una economía inflacionaria.

4.2 Mandato imperativo del legislador hacia el Ejecutivo para decretar gasto

Podemos concluir que la Constitución Política en el artículo 346, respecto a la facultad del legislador en materia de gasto público, limita al Congreso para ordenar al Ejecutivo la realización de gastos y más aún ordenar su inclusión de tales en los presupuestos anuales correspondientes.

Sobre el tema, es la misma Corte Constitucional la que ha sentado su posición en múltiples ocasiones entre estas la Sentencia C-360 de 1996, manifestando lo siguiente, pero que curiosamente no aplican para sus fallos:

“Por ello, respecto de leyes o proyectos de ley que se refieren a la asignación de partidas del presupuesto nacional para el cubrimiento de determinados gastos, la Corte ha sostenido reiteradamente una posición según la cual tales disposiciones del legislador que ordenan gastos, expedidas con el cumplimiento de las formalidades constitucionales, no pueden tener mayor eficacia que la de constituir títulos jurídicos suficientes, en los términos de los artículos 345 y 346 de la Carta, para la posterior inclusión del gasto de la ley de presupuesto, pero que ellas en sí mismas no pueden constituir órdenes para llevar a cabo tal inclusión, sino autorizaciones para ello”. (Subrayado nuestro).

En el mismo sentido se pronunció la Corte en Sentencia C-729 de 2005 de la cual se resaltan los siguientes apartes: En muchas oportunidades esta Corporación, ha reiterado el principio de legalidad del gasto público¹. Resumiendo lo dicho por esta Corte, se tiene que la iniciativa en materia de gasto público, la tienen tanto el Congreso de la República como el Gobierno Nacional. Así, el Congreso tiene la iniciativa para presentar proyectos de ley que decreten un gasto, pero su inclusión en el proyecto de presupuesto es una facultad otorgada al Gobierno, de suerte, que aquel no le puede impartir órdenes o establecer un mandato perentorio, a

fin de que determinado gasto sea incluido en el presupuesto. (Subrayado nuestro).

La Corte ha manifestado que la estructura gramatical que utiliza el legislador es relevante y, por lo tanto, ha de analizarse el objetivo perseguido por las expresiones que utiliza. Ha dicho al respecto que *“si su objetivo se contrae a decretar un gasto, resulta claro que la norma contiene una habilitación para que el gobierno lo pueda incluir en la ley de presupuesto. Sin embargo, si se trata de ordenar la inclusión de la partida respectiva en el presupuesto de gastos, la norma establecería un mandato u obligación en cabeza del gobierno, que a la luz de la Constitución Política sería inaceptable”*². (Subrayado Nuestro).

La forma como se encuentra redactado el artículo tercero, da una orden directa al Ejecutivo para la inclusión de gastos en el presupuesto, cuando esta facultad es propia del Ejecutivo, la iniciativa del Gasto por parte del Congreso de la República se circunscribe al hecho de expedir leyes de autorización de gasto, mas no de constituirse en títulos obligatorios para su realización por parte del Ejecutivo en cada periodo presupuestal.

El artículo 154 de la Constitución señala al Gobierno Nacional expresamente como detentador de la iniciativa para incorporar gastos en el Presupuesto General de la Nación, constituye un mandato, una obligación a cargo del Ejecutivo, pues es el Ejecutivo el responsable constitucionalmente de formular el Presupuesto de Rentas y la Ley de Apropriaciones de conformidad con el artículo 346 de la Constitución.

El legislador para cumplir su función debe respetar el artículo 346 de la Constitución, las leyes orgánicas de presupuesto Decreto 111 de 1996 y la Ley 819 de 2003, como la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, al incluir una orden u obligación expresa por parte del Legislador al Gobierno Nacional para incluir partidas en el Presupuesto General de la Nación en cada anualidad; como también el conocimiento del proceso de formación de la ley al no tener en consideración la estimación de los costos fiscales y sus fuentes de financiación, incluso desde la propia exposición de motivos.

4.3 La crisis pensional una bomba para desactivar

Uno de los grandes dolores de cabeza del país es el faltante financiero que nace de la insuficiencia de recursos para atender el pago de cerca de un millón y medio de mesadas a los jubilados que, al término de su vida laboral, disfrutaban de su retiro. La brecha es de tal magnitud, que en el presupuesto nacional del 2011 la partida asignada asciende a 23,2 billones de pesos, una suma que supera lo que se destina a los ramos de educación o defensa y que equivale a una tercera parte del recaudo de impuestos directos e indirectos.

En tal sentido, una labor responsable debería incluir una evaluación realista de la sostenibilidad del régimen de prima media, los posibles ajustes que merece el de ahorro individual, administrado por los fondos de pensiones, y un análisis descarnado del número de semanas cotizadas, la edad mínima de jubilación y el monto de la mesada. También, hay que hacer un esfuerzo para romper la cadena de la corrupción de quienes se confabulan para defraudar al fisco. Todo esto, a la luz del aumento de la esperanza de vida de la población y con el propósito de lograr que cada vez más colombianos —no solamente unos pocos— tengan derecho a una vejez digna, en la que los subsidios les lleguen a los más pobres, como corresponde en las sociedades que aspiran a ser justas.

En el mismo sentido y Sentencias como la C-075 de 2007, C-029 de 2009, que reconocen Derechos patrimoniales a parejas del mismo sexo, entre ellos, la modificación al régimen pensional de las Fuerzas Militares que determina que las parejas homosexuales pueden ser cobijadas con la pensión de sobrevivientes. Por ende es preciso que un principio superior le indique a las diferentes Ramas y Órganos del Poder Público que en aras de la colaboración armónica demuestren que financiera y presupuestalmente sus decisiones son viables, el impacto fiscal de los mismos, pues en este caso por ejemplo, al establecer para las parejas del mismo sexo los mismos derechos pensionales, la afiliación al Sistema General de Seguridad en Salud en calidad de beneficiario del cotizante al régimen contributivo extendiéndose al compañero o compañera permanente del mismo sexo, las parejas conformadas por personas del mismo sexo accederían a la Seguridad Social con los mismos requisitos y condiciones previstos para los compañeros y compañeras permanentes, de conformidad con los mecanismos de demostración establecidos en el artículo 2° de la Ley 979 de 2005, así mismo que tendrán derecho a la Pensión de Sustitución y Sobrevivientes. Todo lo anterior obliga al Gobierno y al Congreso a tomar medidas en este asunto, ajuste estos instrumentos al principio de la sostenibilidad fiscal, si no queremos que el problema de la bomba pensional nos explote en la cara.

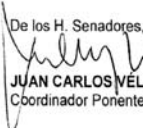

5. Audiencia Pública

A la Audiencia Pública convocada por la Comisión Primera de Senado, mediante Resolución número 3 del 3 de noviembre de 2010, el pasado jueves 11 de noviembre de 2010 en el Salón de Sesiones de la Comisión compareció solo uno de los ciudadanos inscritos, quien señaló que el proyecto y la sostenibilidad fiscal atentan contra la esencia y fines del Estado Social de Derecho y por lo tanto, no puede ser considerado un derecho, sino una limitación para materializar los derechos contenidos en la Constitución Política de Colombia; y que el Proyecto viola los instrumentos internacionales referidos a los Derechos Humanos derivados de estos organismos.

Sin embargo, el mismo ciudadano señala que en su análisis no realiza análisis económicos o fiscales.

Proposición

Con base en las anteriores consideraciones, presentamos ponencia favorable y en consecuencia solicitamos muy atentamente a los señores miembros de la Comisión Primera del honorable Senado de la República, dar primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 16 de 2010 Cámara, 19 de 2010 Senado, *por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal*, cuyo texto, con las modificaciones propuestas por los ponentes, se inserta a continuación.

 De los H. Senadores, JUAN CARLOS VELEZ URIBE Coordinador Ponente	 ROBERTO GERLEIN E. Ponente
NO FIRMA JUAN FERNANDO CRISTO B. Ponente	SIN FIRMA JUAN CARLOS RIZZETO L. Ponente
NO FIRMA NÉSTOR IVÁN MORENO R. Ponente	NO FIRMA JORGE EDUARDO LONDOÑO U. Ponente

PLIEGO DE MODIFICACIONES PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE PRIMERA VUELTA AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 016 DE 2010 CÁMARA, 019 DE 2010 SENADO

por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva y programática los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal es un principio que debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

Artículo 2°. El primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política quedará así:

“Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal”.

Artículo 3°. El primer inciso del artículo 346 de la Constitución Política quedará así:

“El gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo”.

Artículo 4°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

De los H. Senadores,

JUAN CARLOS VÉLEZ URIBE
 Coordinador Ponente


ROBERTO GERLEIN E.
 Ponente

NO FIRMO
JUAN FERNANDO CRISTO B.
 Ponente

SIN FIRMA
JUAN CARLOS RIZZETO L.
 Ponente

NO FIRMA
NÉSTOR IVÁN MORENO R.
 Ponente

NO FIRMA
JORGE EDUARDO LONDOÑO U.
 Ponente

* * *

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 97 DE 2010 SENADO, 091 DE 2009 CÁMARA

por la cual se introducen algunas modificaciones a los artículos 42.18 y 43.1.8 de la Ley 715 de 2001.

Doctor

JOSÉ DARÍO SALAZAR

Presidente

Comisión Tercera

Honorable Senado de la República

Ciudad

Referencia: Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 97 de 2010 Senado, 091 de 2009 Cámara, por la cual se introducen algunas modificaciones a los artículos 42.18 y 43.1.8 de la Ley 715 de 2001.

Señor Presidente:

En cumplimiento del honroso encargo que me hiciera la Mesa Directiva de la Comisión, me permito rendir ponencia para primer debate al proyecto de la referencia, de conformidad con el artículo 151 de la Ley 5ª de 1992.

1. Objeto del proyecto

El proyecto de ley fue presentado por los honorables Representantes, Nancy Denise Castillo, Germán Navas Talero, Germán Reyes, Ómar Flórez, Álvaro Alférez, Óscar Hurtado y Luis Fernando Vanegas, con el objeto de modificar los artículos 42.18 y 43.1.8 de la Ley 715 de 2001, adicionando a los artículos en mención los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería.

2. Consideraciones Generales

Señalan los autores que la Constitución en su artículo 49 define la salud como un servicio público y que como tal, es el Estado quien debe organizar, dirigir y reglamentar la prestación del mismo, así como garantizar el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud de los colombianos.

Para tal fin, el Ministerio de la Protección Social enmarcó la Política Nacional de Prestación de Servicios de Salud en tres ejes: accesibilidad, calidad y eficiencia. Dentro de las estrategias dispuso el desarrollo y mejoramiento del talento humano en salud y en la línea de acción estableció:

“3. Promoción de una cultura ética, en los trabajadores del sector salud”¹.

El legislativo aprobó la Ley 1164 de 2007 “Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud” en la cual se busca que el desempeño del Talento Humano en Salud lleve consigo un compromiso y una responsabilidad social, que involucre la disposición de servicio hacia los individuos y las colectividades sin importar creencias, raza, filiación política u otra condición humana. En la normatividad se establece un capítulo dedicado a la “ética y bioética de los servicios”.

Dentro de las políticas que tiene el Ministerio de la Protección Social, se destaca su estructura organizacional en la prestación de los servicios en salud, cuyo eje se centra en el “Talento Humano en Salud”, el cual despliega su conducta a la luz de la ética, destacando la función delegada del ejecutivo, de vigilancia y control del ejercicio profesional, a los tribunales de ética, cuyo objeto es el fortalecimiento de la práctica profesional en un marco humanizado, ético y técnico-científico que responda a las expectativas de confianza de la sociedad, de la profesión y del Estado.

2.1 Reglamentación Profesional de Enfermería

El artículo 26 de la Constitución Política establece que las autoridades pueden delegar la función de inspección y vigilancia para el ejercicio de una profesión a los particulares. El desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional se pronunció al respecto. Sentencia T-579 de 1994².

“...Respecto a la inspección y vigilancia de las actividades éticas con las que se ejerce una profesión, arte u oficio, existen en el país dos formas de regulación válidas: la libremente aceptada por los miembros de una asociación gremial, y la impuesta por el ordenamiento a todos los que practiquen una de esas actividades.

En el primero de los casos, un grupo de personas que comparten la misma actividad profesional pueden organizarse, adoptar su propio código de ética y crear los órganos a los cuales el conglomerado otorga competencia para aplicarlo. La libertad para proceder así, encuentra respaldo en la Constitución (artículo 38 C. N.), mientras no se vulneren derechos ajenos y no se contravenga el ordenamiento legal...”.

Con base en los artículos 26 y 38 de la Carta Magna, los profesionales de enfermería se han organizado y en armonía con el legislador se profirió la Ley 266 de 1996, que reglamentó la profesión de enfermería en Colombia, definió la naturaleza de la profesión, ámbito de aplicación, estableció algunos de los principios que orientan el cuidado, creó los entes rectores de dirección, organización, acreditación y control de la profesión y estableció los deberes y derechos que se derivan de su aplicación.

En el artículo 10 de la citada ley creó el “Tribunal Nacional Ético de Enfermería con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten en la práctica de quienes ejercen la enfermería en Colombia”; el artículo 11, le otorgó funciones al Tribunal Nacional Ético de Enfermería, dentro de las cuales se encuentra la facultad de adoptar el código de ética de enfermería, y en términos generales poner en funcionamiento tanto el Tribunal Nacional como los Tribunales Departamentales Éticos de Enfermería.

Mencionan los autores de la iniciativa que el Tribunal Nacional Ético de Enfermería, dando cumplimiento a los imperativos de la Ley 266 de 1996, en lo referente a adoptar el Código de Ética de Enfermería, después de un proceso de socialización, con la participación de

¹ Política Nacional de Prestación de Servicios de Salud, Ministerio de la Protección Social. Bogotá, D. C. Noviembre de 2005.

² S. T-579 de 1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

diferentes organizaciones de enfermería (Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia, Asociación Colombiana de Facultades de Enfermería y Consejo Técnico Nacional de Enfermería), la asesoría de juristas expertos en la materia, aportes de docentes de programas de enfermería en Colombia y de las enfermeras de servicio, presentó al Congreso de la República, un Proyecto de Ley Deontológico de Enfermería, el cual se convirtió en la Ley 911 de 2004, “Por la cual se dictan disposiciones en materia de responsabilidad Deontológica para el ejercicio de la profesión de enfermería en Colombia, se establece el régimen disciplinario correspondiente y se dictan otras disposiciones”, ley indispensable para el funcionamiento pleno de los tribunales éticos de enfermería.

2.2 Financiación de los Tribunales Éticos de Enfermería

La Ley 266 de 1996 creó entonces el Tribunal Nacional Ético de Enfermería y los Tribunales Departamentales Éticos de Enfermería, y la Ley 911 de 2004, en el parágrafo del artículo 41, dispuso que estos se podían organizar y funcionar por regiones del país, que agruparan dos o más departamentos o distritos. En cumplimiento de esta facultad, el Tribunal Nacional Ético de Enfermería constituyó los siguientes Tribunales Departamentales:

1. Tribunal Departamental Ético de Enfermería de Valle del Cauca, Cauca, Nariño y Putumayo.
2. Tribunal Departamental Ético de Enfermería de Caldas, Risaralda y Quindío.
3. Tribunal Departamental Ético de Enfermería de Cundinamarca, Bogotá, D. C., Boyacá, Meta, Casanare y Amazonas.
4. Tribunal Departamental Ético de Enfermería de Magdalena, Guajira, Atlántico y Distritos de Santa Marta y Barranquilla.

En la actualidad se encuentra en gestión de constitución el Tribunal Departamental de Santander, Norte de Santander y Arauca.

El Tribunal Departamental Ético de Enfermería de Valle del Cauca, Cauca Nariño y tiene su sede en Santiago de Cali y se encuentra funcionando sólo con el presupuesto asignado por el departamento del Valle de Cauca; el Tribunal Departamental Ético de Enfermería de Caldas, Risaralda y Quindío tiene su sede en Manizales y todos los departamentos aportan al presupuesto para su funcionamiento; el Tribunal Departamental Ético de Enfermería de Cundinamarca, Bogotá, D. C., Boyacá, Meta, Casanare y Amazonas tiene su sede en Bogotá, D. C., y se encuentra funcionando con el presupuesto dado por los departamentos de Cundinamarca, Boyacá, Meta y Casanare.

2.3 Fundamento Legal

El fundamento legal que permite la erogación por parte de los departamentos para el funcionamiento de los Tribunales Éticos de Enfermería se encuentra en la Ley 266 de 1996, la cual le otorgó al Tribunal Nacional la función de presentar el presupuesto a los Entes Territoriales para el funcionamiento de los Tribunales Departamentales Éticos de Enfermería, situación que es muy dispendiosa porque requiere de un debate jurídico en razón a la interpretación que se debe hacer de la Ley 266 de 1996 por parte de las gobernaciones y el Tribunal Nacional. Esto ha llevado a las partes a un desgaste tanto económico como administrativo, retardando la conformación de los tribunales departamentales, quienes actúan como primera instancia de acuerdo con la Ley 911 de 2004.

La Ley 715 de 2001, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357”, ordena taxativamente dentro de las competencias de salud de los departamentos financiar los Tribunales Seccionales de Ética de Medicina y Odontología, omitió hacer referencia a los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería, toda vez que para el momento se encontraban en periodo de conformación. Con la presente iniciativa se busca subsanar esta omisión.

El artículo 43 de la Ley 715 de 2001 señala:

“Artículo 43. Competencias de los Departamentos en Salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

43.1

(...)

43.1.8. Financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y vigilar la correcta utilización de los recursos”.

Respecto de los Distritos como el Distrito Capital, no ha sido posible la asignación presupuestal para el Tribunal Departamental Ético de Enfermería de Cundinamarca, Bogotá, D. C., Boyacá, Meta, Casanare y Amazonas, porque la oficina jurídica no encuentra fundamento legal para la asignación y es precisamente en el Distrito Capital de Bogotá en donde se encuentran trabajando aproximadamente el 40% de los profesionales de enfermería, es decir, más de la tercera parte de las enfermeras del país, ya que es un hecho evidente que en el Distrito Capital se concentra el mayor número de EPS e IPS; esta observación se hace extensiva a los Distritos de Barranquilla y Santa Marta.

Actualmente en el país, según el dato de la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia, existen aproximadamente 33.000 enfermeras profesionales. El Tribunal Departamental Ético de Enfermería de Cundinamarca, Bogotá, D. C., Boyacá, Meta, Casanare y Amazonas, para el año 2007, recibía un promedio de tres quejas por mes, en la actualidad el Tribunal está recibiendo un promedio de cuatro quejas por mes, cifra que ha aumentado ostensiblemente.

De la totalidad de quejas que llegan a los tribunales a nivel nacional, el 80.76% corresponde al tribunal de Cundinamarca, Bogotá, D. C., Boyacá, Meta, Casanare y Amazonas, y de este porcentaje el 87.61% corresponde a Bogotá, D. C.: el 5.71% corresponde a Cundinamarca; el 4.76%, a Boyacá, y el 1.95% corresponde al Meta.

3. Impacto presupuestal

De acuerdo a lo preceptuado en la Ley 266 de 1996, el parágrafo 2° del artículo 12 señala que los Tribunales Departamentales Éticos de Enfermería iniciarán sus funciones de acuerdo a la gradualidad, necesidad y asignación de recursos por los departamentos, de acuerdo con la reglamentación que el Tribunal Nacional Ético de Enfermería haga al respecto; en este orden de ideas el Tribunal Nacional expidió el Acuerdo número 060 del 27 de septiembre de 2002, cuyo artículo 2° dispone:

“Si en atención a la gradualidad y necesidad, se fusionan dos o más entidades territoriales para conformar un Tribunal Departamental Ético de Enfermería, la asignación presupuestal se hará por partes iguales o en la proporción que ellos acuerden.

El plan presupuestal y la legalización de su ejecución se presentará a prorrata de las partidas asignadas en cada entidad territorial”.

Teniendo en cuenta el Acuerdo mencionado, el Tribunal Departamental Ético de Enfermería de Cundinamarca, Bogotá, D. C., Boyacá, Meta, Casanare y Amazonas³ elaboró un presupuesto de gastos teniendo en cuenta el número de profesionales de enfermería registrados en los departamentos y en el Distrito como a continuación se especifica:

1120	Aportes departamentales	Valor mes Doceavas	Valor año
	Sede Tribunal Departamental Ético de Enfermería de Bogotá, Cundinamarca		196.129.845
	Bogotá, D. C.	8.489.960	101.879.518
	Departamento de Cundinamarca	4.800.033	57.600.400</td>
	Departamento de Boyacá	1.496.602	17.959.229
	Departamento del Meta	511.834	6.142.011
	Departamento del Casanare	872.594	10.471.131
	Departamento del Amazonas	173.130	2.077.556
	TOTAL INGRESOS	16.344.154	196.129.845

El Tribunal Departamental Ético de Enfermería de Magdalena, Guajira, Atlántico y Distritos de Santa Marta y Barranquilla⁴ elaboró un presupuesto de gastos teniendo en cuenta la asignación presupuestal por partes iguales para los departamentos y el distrito como a continuación se especifica:

APORTES DEPARTAMENTALES	VALOR MES DOCEAVAS	VALOR AÑO
Atlántico	2.738.460,83	32.861.530,00
Distrito de Barranquilla	2.738.460,83	32.861.530,00
Magdalena	2.000.000,00	24.000.000,00
Distrito de Santa Marta	2.000.000,00	24.000.000,00
Guajira	1.083.333,33	13.000.000,00
TOTAL INGRESOS	10.560.255,00	126.723.060,00

Como se puede observar, el impacto presupuestal por departamentos y distritos es mínimo en forma particular, pero sí de gran importancia para el funcionamiento de los Tribunales Éticos de Enfermería en su conjunto, los cuales contribuyen a la seguridad de atención en el sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención en salud.

Es importante resaltar que una de las finalidades de los tribunales está dirigida a la prevención de la comisión de errores que afecten la seguridad del sujeto de cuidado y mitigar y, de ser posible, eliminar los factores de riesgo que puedan ocasionar un daño.

No puedo terminar este informe de ponencia sin antes hacer notar un vicio consuetudinario de nuestra legislación. El artículo 43.1.8 de la Ley 715 del 2001 impone a los departamentos la obligación de financiar los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, es decir, impone una carga a los departamentos, pero en ninguna parte menciona la fuente de los ingresos de donde saldrá el gasto; o sea, el funcionamiento de los Tribunales de Ética. Sencillamente, los departamentos tienen que extraer de sus presupuestos esos recursos, en desmedro de lo que tiene que destinar a gastos estrictamente regionales. Se nos antoja que se estaría incurriendo en una violación a la Carta Suprema, en su artículo 356 inciso 9°, que señala: “... *No se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas*”. Como se ve

³ Presupuesto general de gastos vigencia presupuestal enero 1° al 31 de diciembre de 2009.

⁴ Proyecto presupuesto general de gastos vigencia presupuestal enero 1° al 31 de diciembre de 2009.

en este caso, se ha trasladado una función (financiar los Tribunales de Ética) sin que se haya apropiado el recurso. Por lo pronto, la Ley 715 de 2001 goza de presunción de legalidad, y por lo tanto es de obligatorio cumplimiento.

Proposición

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones expuestas solicito a los honorables Senadores de la Comisión Tercera del Senado de la República dar primer debate al Proyecto de ley número 97 de 2010 Senado, 091 de 2009 Cámara, *por la cual se introducen algunas modificaciones a los artículos 42.18 y 43.1.8 de la Ley 715 de 2001*, sin ninguna modificación al texto procedente de la Cámara de Representantes.

PROYECTO DE LEY NÚMERO 97 DE 2010
SENADO, 091 DE 2009 CÁMARA

por la cual se introducen algunas modificaciones a los artículos 42.18 y 43.1.8 de la Ley 715 de 2001.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 42.18 de la Ley 715 de 2001 quedará así:

Artículo 42.18. Reglamentar el uso de los recursos destinados por las entidades territoriales para financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería.

Artículo 2°. El artículo 43.1.8 de la Ley 715 de 2001 quedará así:

Artículo 43.1.8. Financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería y vigilar la correcta utilización de los recursos.

Artículo 3°. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

Cordialmente,

Germán Villegas Villegas,

Senador Ponente.

Bogotá, D. C., 17 de noviembre de 2010

En la fecha se recibió ponencia y texto propuesto para primer debate del Proyecto de ley número 97 de 2010 Senado, 91 de 2009 Cámara, *por la cual se introducen algunas modificaciones a los artículos 42.18 y 43.1.8 de la Ley 715 de 2001.*

El Secretario General,

Rafael Oyola Ordosgoitia.

Autorizo la publicación de la siguiente ponencia y texto propuesto para primer debate, consta de nueve (9) folios.

El Secretario General,

Rafael Oyola Ordosgoitia.

* * *

INFORME PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 132 DE 2010 SENADO

por medio de la cual se regula la publicación de encuestas.

Bogotá, D. C., noviembre de 2010

Honorable Senador

EDUARDO ENRÍQUEZ MAYA

Presidente Comisión Primera

Honorable Senado de la República

La ciudad

Apreciado doctor:

En cumplimiento del honroso encargo impartido por la Mesa Directiva de la Comisión Primera del ho-

norable Senado de la República, procedo a rendir informe de ponencia para el primer debate al Proyecto de ley número 132 de 2010, *por medio de la cual se regula la publicación de encuestas*.

La presente iniciativa fue presentada por el honorable Congresista Camilo Sánchez Ortega, Senador de la República, radicada en la Secretaría General del honorable Senado de la República, que mediante competencia en materia fue dispuesta para su estudio en la Comisión Primera del Senado de la República y publicada en la *Gaceta del Congreso* número 575 de 2010.

Posterior al recibo del expediente del proyecto, como consta en la Secretaría de la Comisión Primera, se designa como ponente al suscrito para dar primer debate.

Objeto del proyecto de ley

La función de las encuestas es servir de insumo para la toma de decisiones y medir la opinión especialmente en las cuestiones electorales, donde los servicios de comunicación dominan las relaciones políticas y económicas a nivel mundial.

Lo anterior es importante, ya que las personas tienden a formar sus conceptos y así mismo direccionar sus decisiones teniendo en cuenta la opinión dominante del ambiente que los rodea, originando que las encuestas se conviertan en instrumentos de propaganda y de información dirigida a tratar de influir sobre la decisión final del consumidor (o elector); por ello el autor considera la importancia de introducir una regulación a las encuestas dejando claro que con el proyecto que se presenta se pretende reglamentar la actividad privada empresarial y en ningún momento se tiene la intención de regular la función electoral, la cual cuenta con soporte jurídico y normativo en los artículos 258 a 266 de la Constitución Política y la Ley 130 de 1994.

Constitucionalidad de la iniciativa

El proyecto es de origen parlamentario, el contenido del mismo no genera vicios en cuanto a la facultad de iniciativa legislativa, toda vez que al revisar el contenido jurídico esencial del mismo no se advierte que exista un origen reservado, o de iniciativa privativa del Gobierno en los términos de los artículos 154 y 158 constitucionales, razón por la cual cumple con el requisito de constitucionalidad y se ajusta en unidad de materia.

Sin embargo, no queda claro, de acuerdo al contenido del proyecto, si este debe tramitarse como una ley ordinaria o como una ley estatutaria, por lo cual solicito a la Comisión Primera del Senado decidir sobre esta situación.

Fundamentos Legales y Constitucionales

El presente proyecto de ley tiene fundamento constitucional y legal en el artículo 1° de la Constitución Política de 1991, que trata del Estado Social de Derecho; el artículo 2°, que trata de los fines esenciales del Estado; el artículo 4°, de la supremacía de la Constitución; el artículo 16, del libre desarrollo de la personalidad de todo individuo; el artículo 20, de la libertad de expresión; el artículo 73, de la actividad periodística y su libre ejercicio.

Todos ellos consagran aspectos relacionados con la publicación de encuestas y demás sondeos que con ocasión al proceso electoral, se realice por empresas encuestadoras legalmente reconocidas en el país.

Análisis del articulado

El proyecto consta de cinco artículos, en los cuales su autor identifica los siguientes asuntos:

– El artículo 1° establece el término que tienen las empresas recaudadoras de encuestas para publicar los datos que las mismas arrojen.

– El artículo 2° ordena la existencia de auditoría externa que supervise y controle la actividad de las empresas encuestadoras.

– El artículo 3° establece la prohibición de la publicación de datos en forma parcial.

– El artículo 4° establece las sanciones a quienes infrinjan la presente ley.

– El artículo 5°, de la vigencia de la ley.

Revisión normativa

El artículo 265 de la Constitución Política, señala: “El Consejo Nacional Electoral tendrá, de conformidad con la ley, las siguientes atribuciones especiales:

(...)

6. Velar por el cumplimiento de las normas sobre Partidos y Movimientos Políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías(...).

La Ley 130 de 1994, por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones.

Artículo 30. De la propaganda y de las encuestas. Toda encuesta de opinión de carácter electoral, al ser publicada o difundida, tendrá que serlo en su totalidad y deberá indicar expresamente la persona natural o jurídica que la realizó y la encomendó, la fuente de su financiación, el tipo y tamaño de la muestra, el tema o temas concretos a los que se refiere, las preguntas concretas que se formularon, los candidatos por quienes se indagó, el área y la fecha o periodo en que se realizó y el margen de error calculado.

El día de las elecciones, los medios de comunicación no podrán divulgar proyecciones con fundamento en los datos recibidos, ni difundir resultados de encuestas sobre la forma como las personas decidieron su voto o con base en las declaraciones tomadas a los electores sobre la forma cómo piensan votar o han votado el día de las elecciones.

El Consejo Nacional Electoral ejercerá especial vigilancia sobre las entidades o personas que realicen profesionalmente esta actividad, cuando se trate exclusivamente de encuestas sobre partidos, movimientos, candidatos o grado de apoyo a los mismos, para que las preguntas al público no sean formuladas de tal forma que induzcan una respuesta determinada.

Parágrafo. La infracción a las disposiciones de este artículo será sancionada por el Consejo Nacional Electoral, con multa de 25 a 40 salarios mínimos mensuales o con la suspensión o prohibición del ejercicio de estas actividades.

Ley 996 de 2005, “Por medio de la cual se reglamenta la elección del Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia y de acuerdo con lo establecido en el artículo 4° del Acto Legislativo 02 del 27 de diciembre de 2004, por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.

Esta ley en cuanto a la elección presidencial ordenó que las encuestas tengan que hacerse siempre con base en muestras representativas. Entonces, la Corte se pronunció con respecto a la ley mencionada, y manifestó que tenía razón el legislador al expresar que se tenía

que tener mucho cuidado al exigir que las muestras fueran eminentemente representativas, que se manejaran adecuadamente, porque de lo contrario se estaría vulnerando el derecho fundamental a la información de todos los ciudadanos. Sin embargo, hasta el año 2006, se estableció la diferencia entre la encuesta y el opinómetro.

En el artículo 28 de esta ley se trata lo concerniente a encuestas electorales y respecto de la publicación de encuestas dispuso lo siguiente:

Artículo 28. De las encuestas electorales. Toda encuesta de opinión de carácter electoral al ser publicada o difundida por cualquier medio de comunicación, tendrá que serlo en su totalidad y deberá indicar expresamente la persona natural o jurídica que la realizó y la encomendó, la fuente de su financiación, el tipo y tamaño de la muestra, el tema o temas concretos a los que se refiere, las preguntas concretas que se formularon, los candidatos por quienes se indagó, el área y la fecha o período en que se realizó y el margen de error calculado. Solo podrán divulgarse encuestas representativas estadísticamente, en las cuales los entrevistados sean seleccionados probabilísticamente.

Se prohíbe la realización o publicación de encuestas o sondeos la semana anterior a las elecciones a la Presidencia de la República en los medios de comunicación social nacional. También queda prohibida la divulgación en cualquier medio de comunicación de encuestas o sondeos, durante el mismo término, que difundan los medios de comunicación social internacionales(...).

Restricción que la Corte Constitucional en Sentencia C-1153 de 2005 encontró ajustada a la Carta Fundamental.

Los Decretos 1571 de 2006 y 1800 de 2010, por el cual se dictan normas para la conservación del orden público durante el período de elecciones presidenciales; el Decreto 3950 de 2007, por el cual se dictan normas para la conservación del orden público durante el período de elecciones de autoridades y corporaciones públicas territoriales, coinciden con la Ley 130 de 1994 al insertar la prohibición para los medios de comunicación divulgar encuestas, publicar y difundir resultados sobre la forma como las personas decidieron su voto con base en las declaraciones tomadas a los electores sobre la forma como piensan votar o han votado el día de los comicios.

En ese orden de ideas, el Consejo Nacional Electoral, atendiendo lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 130 de 1994 y el artículo 28 de la Ley 996 de 2005 ha emitido varias resoluciones en las cuales señala criterios, prohibiciones y restricciones en materia de la publicación de encuestas electorales:

Resolución número 23 de 1996, por la cual se reglamenta la realización y divulgación de encuestas de opinión política y de carácter electoral. Define claramente las clases de encuestas y establece requisitos, alcances y restricciones sobre las mismas.

Artículo 2°. Encuestas y sondeos sobre opinión política. Son las que están dirigidas, en cualquier época a auscultar la opinión de los ciudadanos acerca de temas de carácter político relacionados con partidos, movimientos, candidatos o grado de apoyo a los mismos, con programas, acciones y orientaciones gubernamentales, regímenes y sistemas políticos, o con el grado de popularidad de personas que desempeñen funciones públicas o que fueron elegidas popularmente.

Artículo 3°. Encuestas y sondeos sobre opinión electoral. Son los que están dirigidos, en época preelectoral

o electoral a auscultar las tendencias del electorado sobre los candidatos para las elecciones de cuerpos colegiados, Presidente y Vicepresidente, Gobernadores y Alcaldes, y a obtener información que puede incidir directa o indirectamente en la opinión pública, al mostrar el grado de apoyo ciudadano a los candidatos o prever el resultado de la elección(...).

La **Resolución número 50 de 1997**, adicionó y modificó la Resolución número 23 de 1996 en lo que respecta a los parámetros para la inscripción de las empresas encuestadoras en el registro de encuestadores del Consejo Nacional Electoral.

Resolución número 467 de 2010, por la cual se reglamenta la fecha límite de publicación de encuestas de opinión política en los medios de comunicación social para las consultas populares, en su artículo 1° señala:

Artículo 1°. Durante la semana anterior a la fecha de las Consultas Populares para la escogencia de los candidatos a la Presidencia de la República, no podrán ser realizadas o publicadas encuestas o sondeos de opinión de carácter electoral en los medios de comunicación social nacional.

También queda prohibida la divulgación en cualquier medio de comunicación, de encuestas o sondeos, durante el mismo término, que difundan los medios de comunicación social internacionales.

En ningún caso se podrán realizar o publicar encuestas, sondeos o proyecciones electorales el día de los comicios(...).

Algunos pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional que abordan la materia

C-488/93: En esta sentencia declaró la Corte que “el acto de prohibir la difusión de las encuestas, sobre asuntos que son públicos por naturaleza, por un término de treinta días anteriores a una elección, constituye un acto de censura, por cuanto impide la expresión de determinadas opiniones, aunque estas no vulneren el orden público. Es pues una discriminación, un acto que impide por una parte que a la opinión pública se le informe de algo que le interesa legítimamente y por otra a los medios de comunicación ejercer su derecho a informar, esto es, a transmitir y difundir oportunamente las noticias de que dispone⁵.”

C-1153 de 2005: En la presente la Corte sentenció que “Las encuestas son herramientas poderosas al servicio de los intereses electorales que, en virtud de su capacidad de incidencia sobre la opinión del electorado, deben ser objeto de especial regulación por parte del Estado. Tal como se observa, el riesgo de contar con predicciones equívocas, elaboradas a partir de procedimientos anti técnicos o tendenciosos puede contribuir a la manipulación de los resultados de una campaña política y, eventualmente, a tergiversar las condiciones igualitarias en que debe desarrollarse la contienda⁶.”

Consideraciones del Ponente

Existe actualmente una tendencia a fortalecer la democracia directa. Los ciudadanos de los países latinoamericanos como el nuestro participan en referendos, plebiscitos y otra serie de mecanismos que suponen su participación en la política cotidiana.

Hace algunas décadas, el presidente una vez elegido no tomaba en cuenta la opinión de los electores simplemente porque conocía poco de ella. El “pueblo” eran pequeños sectores movilizadas, las verdaderas masas

⁵ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-488-93.htm>

⁶ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1153-05.htm>

eran meros espectadores de la historia, en la actualidad la democracia se ha ampliado, la mayoría de los ciudadanos están más informados y los políticos deben tomar en cuenta sus opiniones.

La creciente opinión en torno a la supuesta influencia de las encuestas en la voluntad de los votantes ha llevado a que algunos países, entre ellos Chile, Bolivia, Brasil, Perú y Costa Rica, prohíban la publicación de encuestas en los días anteriores al de la elección; en nuestro país se ha evidenciado que en el último mes de campaña previa a elecciones presidenciales, los medios de comunicación (televisión, radio, prensa) contienen información saturada con propaganda electoral que trata de influir en la voluntad de los electores.

Existe el riesgo real de que la publicación de resultados falsificados de encuestas o manipulados poco antes de la fecha de las elecciones cause una desorientación al electorado, que se siente probablemente sin razones de fondo ya de antemano en una situación sin ninguna perspectiva de éxito deformando su voluntad electoral, o en otros casos, la distorsión de la información que resulta de la divulgación de resultados de sondeos a escasos días de las elecciones. De ahí la importancia de la realización de encuestas objetivas y la regulación de la publicación de sus resultados, dado que las encuestas cuantifican lo que está en la conciencia colectiva; por ello, se cree que de cierto modo inciden directa o indirectamente en los votantes en favor de los candidatos "ganadores" perjudicando a pequeños candidatos que podrán mejorar notablemente su posición si estos sondeos no fueran de conocimiento público. Igualmente, existe la idea de que para que el votante sea libre debe recibir información que sea fruto de una investigación que cuente con un manejo idóneo y objetivo.

No cabe duda de que el elector tiene derecho a informarse y decidir cómo vota, pero lo que no es permisible es que se manipule la información previos días a las elecciones y esto lleve a confundir al elector o cargarlo con información poco objetiva; sólo el elector tiene derecho a resolver si quiere votar por un candidato sin posibilidades o si quiere impedir con su voto el triunfo de otro político.

En ese orden de ideas al hacer una revisión juiciosa de los antecedentes normativos y jurisprudenciales, tenemos que la Ley 58 de 1985 regulaba el estatuto básico de los partidos políticos con anterioridad a la Ley 130 de 1994; en el artículo 23 de esta ley se fijaba la prohibición a los medios de comunicación para difundir encuestas de opinión que mostraran el grado de apoyo ciudadano a los candidatos treinta (30) días antes a la celebración de las mismas; norma que posteriormente fuera declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-488/1993 por considerar que dicha prohibición constituía una vulneración inconstitucional del derecho a la información y de la libertad de expresión. En segundo lugar, tenemos el texto original del artículo 30 del Proyecto de ley número 130 de 1994, por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, que igualmente disponía la prohibición de publicar resultados de las encuestas por el mismo término (30 días antes de las elecciones), frente a ello la Corte en sentencia C-089 de 1994 manifestó que dicho texto vulneraba el derecho a la información y de los derechos del electorado a conocer el desarrollo de la contienda y lo declaró inexecutable por tratarse de una reproducción del artículo 23 de la Ley 58 de 1985, en consecuencia ordenó estarse a lo dispuesto en la Sentencia C488 de 1993, quedando en el texto definitivo la prohibición para divulgar proyec-

nes con fundamento en los datos recibidos, ni difundir resultados de encuestas el día de las elecciones.

Con respecto al término propuesto por los autores de este proyecto, de establecer la prohibición de divulgación de sondeos y encuestas en quince (15) días antes de las elecciones, propongo en cambio un tiempo de **una semana** como espacio prudencial y adecuado para que el elector pueda reflexionar, sin la presión de los resultados de las encuestas, y tomar la decisión de cómo votar.

Contenido del proyecto de ley y modificaciones

En el texto original del Proyecto de ley número 132, "por medio de la cual se regula la publicación de encuestas", se plantea lo siguiente:

Texto original

Artículo 1°. Los resultados que generen las empresas cuya actividad sea la de ~~recaudar~~ encuestas en relación con preferencias de orden electoral, podrán publicar sus datos hasta ~~quince días~~ antes del día de la respectiva elección.

Estas empresas ~~tendrán facultad~~ para realizar encuestas a particulares, movimientos y partidos políticos ~~hasta el último momento~~, pero no podrán ser divulgados por ningún medio a la opinión pública.

Propuesta de modificación al artículo 1°

Artículo 1°. Los resultados que generen las empresas cuya actividad sea la **de realizar** encuestas en relación con preferencias de orden electoral podrán publicar sus datos hasta una semana antes del día de la respectiva elección.

En el espacio de tiempo mencionado anteriormente, estas empresas **podrán** realizar encuestas a particulares, movimientos y partidos políticos, pero no podrán ser divulgados por ningún medio a la opinión pública.

En el anterior artículo, cambiamos el verbo recaudar por realizar, sobre el entendido de que las encuestas obedecen a todo un proceso y no se limitan exclusivamente a recaudar una información. Igualmente, ajustamos la redacción en el siguiente párrafo.

Texto original

Artículo 2°. Las empresas encuestadoras deberán contar con una auditoría externa que supervise y controle la toma de muestras, la ficha técnica y los resultados, toda vez que estén dirigidos a informar preferencias del orden electoral. **(Sin modificación).**

Texto original

Artículo 3°. Las encuestas no podrán ser publicadas en forma parcial. Los llamados opinómetros no podrán ser valorados como encuestas. **(Sin modificación).**

Texto original

Artículo 4°. Las empresas encuestadoras que no cumplan con los artículos 1°, 2° y 3° de la presente ley serán sancionadas con multa de cien a mil salarios mínimos mensuales, de acuerdo a la falta o a la repetición de las mismas.

Propuesta de modificación al artículo 4°

Artículo 4°. Las empresas encuestadoras que no cumplan con **lo dispuesto** en la presente ley serán sancionadas con multa de cien **(100)** a mil **(1.000)** salarios mínimos **legales** mensuales **vigentes**, de acuerdo a la falta o a la repetición de la misma.

Proponemos cambiar, **con los artículos 1°, 2° y 3° de**, por **lo dispuesto en**, toda vez que la ley se basa fundamentalmente en esos tres artículos; de igual manera se incluyen los términos legales y vigentes cuando se hace referencia a los salarios.

Texto original

Artículo 5°. Esta ley rige a partir de su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. **(Sin modificación).**

Por lo expuesto y en armonía con ello, elevo ante ustedes la siguiente

Proposición

Por las anteriores consideraciones, solicito a la Comisión Primera del honorable Senado de la República dar primer debate al **Proyecto de ley número 132 de 2010, por medio de la cual se regula la publicación de encuestas**, con las modificaciones que se anexan.

Atentamente,

Hemel Hurtado Angulo,
Ponente.

TEXTO PROPUESTO PARA DAR PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 132 por medio de la cual se regula la publicación de encuestas.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Los resultados que generen las empresas cuya actividad sea la de realizar encuestas en relación con preferencias de orden electoral podrán publicar sus datos hasta una semana antes del día de la respectiva elección.

En el espacio de tiempo mencionado anteriormente, estas empresas podrán realizar encuestas a particulares, movimientos y partidos políticos, pero no podrán ser divulgadas por ningún medio a la opinión pública.

Artículo 2°. Las empresas encuestadoras deberán contar con una auditoría externa que supervise y controle la toma de muestras, la ficha técnica y los resulta-

dos, toda vez que estén dirigidos a informar preferencias del orden electoral.

Artículo 3°. Las encuestas no podrán ser publicadas en forma parcial. Los llamados opinómetros no podrán ser valorados como encuestas.

Artículo 4°. Las empresas encuestadoras que no cumplan con lo dispuesto en la presente ley serán sancionadas con multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a la falta o a la repetición de la misma.

Artículo 5°. Esta ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Atentamente,

Hemel Hurtado Angulo,
Ponente.

C O N T E N I D O

Gaceta número 919 - Jueves, 18 de noviembre de 2010
SENADO DE LA REPÚBLICA

	Pág.
PONENCIAS	
Ponencia para primer debate primera vuelta, pliego de modificaciones al Proyecto de Acto legislativo número 016 de 2010 Cámara, 019 de 2010 Senado, por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal.....	1
Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 97 de 2010 Senado, 091 de 2009 Cámara, por la cual se introducen algunas modificaciones a los artículos 42.18 y 43.1.8 de la Ley 715 de 2001.....	6
Informe ponencia para primer debate y texto propuesto al Proyecto de ley número 132 de 2010 Senado, por medio de la cual se regula la publicación de encuestas.....	8