



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)  
 IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
 www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXIV - Nº 206

Bogotá, D. C., jueves, 16 de abril de 2015

EDICIÓN DE 20 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO  
 SECRETARIO GENERAL DEL SENADO  
 www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO  
 SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA  
 www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## SENADO DE LA REPÚBLICA

### PONENCIAS

#### PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 91 DE 2014 SENADO

*por medio de la cual se modifica el párrafo del artículo 4° de la Ley 680 de 2001, que modificó el artículo 33 de la Ley 182 de 1995.*

Doctor

JORGE ELIÉCER LAVERDE VARGAS

Secretario

Comisión Sexta Constitucional Permanente

Honorable Senado de la República

Ciudad.

Señor Secretario:

En atención al encargo dado por la Mesa Directiva de la Comisión Sexta Constitucional, a la cual pertenezco, en relación al estudio y presentación de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 91 de 2014 Senado, *por medio de la cual se modifica el párrafo del artículo 4° de la Ley 680 de 2001, que modificó el artículo 33 de la Ley 182 de 1995*, actuando con el usual comedimiento procedo a través del presente documento a rendir el respectivo informe de ponencia para primer debate, honor que aspiro a desempeñar con acierto y especial complacencia dentro de las siguientes consideraciones:

#### CONSIDERACIONES GENERALES

La presente iniciativa es de origen gubernamental y, fue presentada por la señora Ministra de Comercio, Industria y Turismo, y el señor Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones el cual tiene como propósito dar cumplimiento a uno de los “compromisos que Colombia asumió desde la entrada en vigor del Acuerdo de Promo-

ción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”.

Este acuerdo presentó, desde sus inicios, unas características especiales que lo hicieron atípico, por cuanto, su alcance inicial estuvo enmarcado en “la liberalización comercial de bienes y servicios”, pero terminaron las partes considerando indispensable establecer en el mismo, otros acuerdos y propósitos sobre aspectos no comerciales, identificándose en este escenario los descritos por el Anexo I<sup>1</sup>(medidas disconformes para la televisión abierta).

La etapa de implementación normativa del acuerdo en Colombia, se inicia con objeto verificar que se lleven a cabo los ajustes tendientes a garantizar la compatibilidad de nuestro ordenamiento jurídico con los compromisos adquiridos. Es decir que, desde una perspectiva jurídica, el proceso que tiene como fin dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1143 de 2007 y en la Ley 1166 de 2007. En la marcha de este proceso, el Gobierno de Colombia, en trabajo mancomunado de sus diferentes entidades, ha identificado los compromisos que requieren un ajuste normativo.

En la práctica, el proceso implica la identificación de las obligaciones del acuerdo que requieren

<sup>1</sup> El Anexo I del Acuerdo de Promoción Comercial establece las medidas relativas a la prestación de servicios transfronterizos, respecto de las cuales Colombia no se comprometió, entre otras cosas, a otorgar un trato nacional. Colombia se reservó la capacidad de expedir medidas contrarias a las mismas relativas a la televisión abierta. En ese sentido, nuestro país conservó la posibilidad de mantener la denominada ‘cuota de pantalla’.

Dicha cuota se refiere al contenido mínimo de programación nacional que debe emitirse en cada canal de cubrimiento nacional, en los términos del Anexo I de medidas disconformes del acuerdo.

una adecuación normativa; la determinación del estado de cumplimiento de dichas obligaciones y, para los casos en que exista necesidad de modificar o expedir nuevas normas, la elaboración y su posterior expedición. Dicho proceso se desarrolla a través de un trabajo conjunto con el gobierno de los Estados Unidos, trabajo que se inició a finales de 2011 con una visita oficial de funcionarios de la Oficina del Represente del Comercio (por sus siglas en inglés “USTR”).

El primer paso fue proponer la modificación del párrafo del artículo 4° de la Ley 680 de 2001, que a su vez modificó el artículo 33 de la Ley 182 de 1995, propósito este que fue materializado inicialmente por el artículo 21 de la declarada inexecutable Ley 1520 de 2012 expedida el 13 de abril del año 2012. Posteriormente, en un segundo intento se logró avanzar con mensaje de urgencia en las Comisiones Sextas Conjuntas de Senado y Cámara, truncándose este trámite debido a su consideración en dos legislaturas, razón por la cual los Ministerios aludidos volvieron a presentar la iniciativa objeto de la presente ponencia.

#### **PROPÓSITO CONCRETO DEL PROYECTO DE LEY**

La premisa en la cual encuentra sustento esta iniciativa está dada por la siguiente afirmación: El artículo 33 de la Ley 182 de 1995 modificado por el artículo 4° de la Ley 680 de 2001 desconoce las obligaciones de acceso a mercado y trato nacional del acuerdo.

En concreto el contenido del artículo 33 de la Ley 182 de 1995, es considerado como una “medida disconforme, es decir, una regulación que desconoce las obligaciones de acceso a mercado y trato nacional del acuerdo”, por cuanto en este se negoció que las condiciones de cuota de pantalla se mantuvieran idénticas a las previstas actualmente en nuestra legislación, con alteración los fines de semana, en cuyo caso se reduce de un 50% a un 30% la obligación emitir un mínimo de programación de producción nacional. Por lo que el proyecto de ley regula la cuota de pantalla en los fines de semana, es decir, “el porcentaje mínimo de producción nacional que los canales de televisión abierta deben emitir en el fin de semana”. Concretamente la modificación se dirige al párrafo que establece:

“Párrafo. En sábados, domingos y festivos el porcentaje de producción nacional será mínimo del 50% en horario triple A”.

#### **INCOMPATIBILIDAD DEL TRÁMITE DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 91 Y EL PLAN DE DESARROLLO 2014-2018**

Desde el 22 de septiembre de 2014 hace trámite en el Congreso de la República, Comisión Sexta Constitucional el proyecto de ley objeto de esta ponencia. Simultáneamente a este trámite el Gobierno nacional incorpora en el PND<sup>2</sup> un artículo que tiene

el mismo propósito del proyecto que se estudia para primer debate:

**Artículo 41. Cuota de Pantalla.** Adiciónese el párrafo 2° al artículo 4° de la Ley 680 de 2001 que modificó el artículo 33 de la Ley 182 de 1995, el cual quedará así:

“Párrafo 2°. Los porcentajes mínimos de programación de producción nacional pactados en los tratados o acuerdos comerciales internacionales en vigor para Colombia se aplicarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo”.

Este artículo ya pasó su trámite en las Comisiones Económicas y está considerado su segundo debate en las plenarias y se ha ratificado la intención del Gobierno nacional concretada en el proyecto que se analiza la reducción de la cuota de pantalla de producción nacional los fines de semana, en la que la producción nacional disminuye del 50% hasta el 30%.

En este contexto resulta improcedente que existan dos trámites de manera paralela sobre el mismo objeto legislativo, sin que haya supuestos para una posible acumulación. Por esta razón y dado que el trámite del proyecto de Plan Nacional de Desarrollo está más avanzado y solo falta su aprobación en las plenarias de ambas Cámaras se propone archivar esta iniciativa.

#### **Proposición**

Archívese por las razones anotadas el **Proyecto de ley número 91 de 2014 Senado**, por medio de la cual se modifica el párrafo del artículo 4° de la Ley 680 de 2001, que modificó el artículo 33 de la Ley 182 de 1995.

De los honorables Senadores,



LAUREANO AUGUSTO ACUÑA DÍAZ  
Senador de la República

\*\*\*

#### **PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMEROS 133 DE 2014 SENADO, 109 DE 2014 CÁMARA**

*por medio de la cual se reforma la estructura y el funcionamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.*

Cumplo, por este escrito, con el honroso encargo que me encomendara la Presidencia de la Comisión

parte de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) y el proceso se viene adelantando con detalle, cumpliendo tareas en diversos frentes, de tal manera que las grandes metas planteadas por esa organización se incluyen en el PND (Plan Nacional de Desarrollo)”. De hecho, desde el primer artículo del documento del PND radicado en el Congreso el pasado viernes se deja claro que el objetivo es construir el “nuevo país” con los estándares del “club de las buenas prácticas”. *El Espectador*. Un vistazo a la propuesta TIC del Plan Nacional de Desarrollo: **La ruta para las telecomunicaciones.**

<sup>2</sup> “Como explicó el Director del Departamento Nacional de Planeación (DNP), Simón Gaviria, en entrevista con *El Espectador*, “el Gobierno tomó la decisión de formar

Primera Constitucional del Senado para rendir ponencia en el primero de los debates que la Corporación debe dar al Proyecto de ley números 133 de 2014 Senado, 109 de 2014 Cámara, *por medio de la cual se reforma la estructura y el funcionamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*. Desde luego, el ponente quiere expresarle a la Comisión su deseo en el sentido de buscar una alta participación decisoria en la discusión y aprobación del texto que se someterá a la consideración de la plenaria.

#### TRÁMITE LEGISLATIVO

El proyecto en estudio fue presentado al Congreso por iniciativa del señor Fiscal General de la Nación. Inició su trámite legislativo en la Cámara de Representantes en el mes de septiembre de 2014, y fue aprobado en Comisión Primera de la Cámara el 29 de octubre y en la plenaria el 11 de diciembre del mismo año. Hizo tránsito al Senado el 16 de diciembre de 2014.

#### OBJETIVO

La iniciativa pretende modificar los artículos 15 y 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y adicionar algunos artículos nuevos en relación con la estructura y funcionamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. El objetivo fundamental busca separar las funciones de investigación y de juzgamiento en dicha Sala Penal, establecer la doble instancia en los procesos que se adelantan contra los Congresistas, garantizar el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria, asegurar la unificación de la jurisprudencia y dar competencia a la Sala de Casación Penal para dictar fallos en equidad con el propósito de hacer efectiva la justicia material.

#### IMPEDIMENTOS

Comoquiera que la iniciativa en comento refiere su título y su contenido a la reforma de la estructura y el funcionamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es probable la presencia de declaraciones de impedimento para debatir y votar el tema, tal cual ocurrió en la Cámara ante la existencia de investigaciones de la Corte a los Representantes. En los debates surtidos en la Cámara Baja abundaron las manifestaciones de impedimento toda vez que en la Corte Suprema de Justicia, o en Consejo de Estado, se adelantan investigaciones preliminares o procesos propiamente dichos contra algunos de sus miembros, circunstancia que pudo, eventualmente, generar un conflicto de intereses para participar en las deliberaciones y en la votación del articulado propuesto. En el entendido de que solo la Comisión tiene la competencia para decidir si aprueba o niega los impedimentos que puedan presentarse, con todo respeto, el ponente, anticipándose a los hechos, se permite acompañar a la presente ponencia, como parte integrante de ella y como un aporte al esclarecimiento de este acápite, el concepto sobre impedimentos de los Congresistas emitiera el doctor Jesús Ignacio García Valencia, eminente jurista, profesor universitario y hasta hace poco Senador de esta Comisión. (Anexo 1).

#### ANTECEDENTES

En su recorrido por la Cámara de Representantes, el proyecto se vio afectado por importantes modificaciones a su texto, así:

##### **En primer debate:**

1. Se incluyó la garantía de la presencia y el acompañamiento del Ministerio Público en los casos que adelante la Corte Suprema contra Congresistas (literal c) del artículo 3°).
2. Se retiró del texto original el párrafo del artículo 4° que pretendía que la Sala de Casación Penal pudiese establecer y modular los efectos del fallo en los casos concretos.

##### **En segundo debate:**

1. Se suprimió el artículo que otorgaba a la Sala de Casación Penal la competencia para dictar sentencias interpretativas.
2. Se incluyó como garantía procesal el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria de que trata la Sentencia de la Corte Constitucional C-792 de octubre 31 de 2014.
3. Se fijó la división de la Sala de Casación Penal en tres salas integradas cada una de ellas por tres Magistrados, y
4. Se previó la aplicación del procedimiento de la Ley 600 de 2000 (Código Penal) al conocimiento de las conductas cometidas por los aforados constitucionales. En estos casos, los Magistrados de Instrucción deberán adoptar las decisiones en Sala y su empate se resolverá por un conjuéz.

#### CONTENIDO

##### **Integración**

La conformación actual de la Corte Suprema de Justicia es de veintitrés (23) Magistrados y la de su Sala Penal es de nueve (9) Magistrados. El proyecto pretende aumentar en seis (6) el número de Magistrados en la Sala Penal de tal modo que de nueve (9) pase a quince (15) y el total de Magistrados de la Corte llegue a veintinueve (29). En cuanto a la integración de las Salas de Casación Civil y Agraria, de Casación Laboral y de Gobierno, el proyecto no contempla cambio alguno. Por su parte, la Sala Plena estaría integrada por la totalidad de los Magistrados de la Corporación con excepción de seis nuevos Magistrados que se crean para adicionar la Sala de Casación Penal.

Tal como viene consagrado en la Ley 270 de 1996, la Corte Suprema de Justicia elegirá sus propios Magistrados para períodos individuales de ocho años, de listas de más de cinco candidatos presentadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Esta iniciativa adiciona el texto con la posibilidad que las listas puedan presentarse por quien, en un momento determinado, haga las veces de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. La eventual desaparición del Consejo de la Judicatura es tema actual que esta Comisión Primera viene considerando en los debates que suscitó el proyecto de acto legislativo sobre "Equilibrio de Poderes" y que reclama buena parte de los colombianos de modo que la previsión consagrada en el texto es oportuna y útil.

Los quince Magistrados concebidos para la Sala Penal integrarían tres salas, así: dos Salas de Juzgamiento cada una de ellas de dos Magistrados y una Sala de Casación Penal de nueve Magistrados que, a su vez, se dividiría en tres Salas de tres Magistrados cada una. El proyecto prevé la existencia de dos Magistrados de Instrucción los cuales actuarían en sala cuando se trate de adoptar las decisiones a que haya lugar. De presentarse empate, se resolvería con la designación de un conjuer.

Estas precisas modificaciones en la composición de la Sala Penal buscan facilitar la separación de las funciones de investigación y de juzgamiento y permiten establecer la doble instancia judicial como garantía del ejercicio del derecho de defensa en los procesos que se adelanten contra los congresistas y otros aforados, conforme se analizará más adelante.

Tanto la Sala de Casación Penal, como la Civil y Agraria y la Laboral son salas especializadas de casación en razón de la materia y pueden seleccionar sentencias a fin de unificar la jurisprudencia, proteger derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos y realizar la justicia material. Conocerán, también, de los conflictos de competencia entre las salas de un mismo Tribunal, o entre Tribunales, o entre estos y juzgados de otro Distrito o entre juzgados de diferentes Distritos.

La Sala de Casación Penal es órgano cierre de la jurisdicción ordinaria en el ramo de su especialidad. Tendrá a su cargo, entre otros, el conocimiento de los asuntos de casación, revisión y extradición y las apelaciones contra decisiones de primera instancia de las Salas de Juzgamiento.

#### ***Separación de Funciones de Investigación y Juzgamiento***

Las labores de investigación y de acusación estarán a cargo de Magistrados de Instrucción cuando se trate de casos que adelante la Corte Suprema contra Congresistas. Los Magistrados de Instrucción actuarán dentro de los preceptos del Código de Procedimiento Penal y, por ello, tendrán competencia para cumplir sus funciones en los términos señalados en la ley procesal penal. Podrán, entonces, abrir o precluir investigaciones, recaudar pruebas o negarlas, dictar medidas de aseguramiento y realizar, en general, todas aquellas acciones señaladas en el Código para quienes cumplan estas labores. Los Magistrados de Instrucción adoptarán las decisiones en Sala. En caso de empate, se designaría un conjuer que lo resuelva.

La labor de juzgamiento estaría a cargo de dos Salas, cada una de ellas conformada por dos Magistrados ante las cuales se llevaría a cabo el juicio en primera instancia tanto de las acusaciones que presenten los Magistrados de Instrucción como de las que formule la Fiscalía contra los Ministros del Despacho, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, los Directores de los Departamentos Administrativos, el Contralor General de la República, los Embajadores y Jefes de Misión diplomática o

consular, los Gobernadores, los Magistrados de Tribunales y los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública.

Separar las funciones de investigación y juzgamiento dentro de la Corte es indispensable y responde al llamado que el máximo Tribunal Constitucional de Colombia, en Sentencia C-545 de 2008, hizo al Congreso al momento de decidir demanda sobre la eventual violación al principio de la doble instancia en proceso que la Corte Suprema de Justicia adelantó en época reciente contra un miembro del Congreso.

#### ***Doble Instancia en los Procesos contra Aforados***

El proyecto en estudio contempla la posibilidad de contar con dos instancias en los procesos que la Corte Suprema de Justicia sigue en el caso de aforados. Una primera instancia se surtiría ante las Salas de Juzgamiento y la segunda instancia ante la Sala de Casación Penal. Durante las deliberaciones adelantadas en la Cámara Baja, se quiso establecer que la segunda instancia se surtiera ante la Sala Plena de la Corte Suprema en el entendido de que la pluralidad de Magistrados y su autoridad y predominio de los temas jurídicos representaba garantía de imparcialidad. Sin embargo, un estudio juicioso y ponderado del tema llevó a la Comisión Accidental designada para tal fin por la Presidencia de la Cámara, a determinar que la especialización en materia penal era razón válida y suficiente para querer que las decisiones adoptadas en primera instancia fueran revisadas por Magistrados Penales y no por Magistrados de especialidades diferentes sin el suficiente conocimiento jurídico-penal, o académico-penal, de la profundidad que caracteriza a quienes integran esta Sala de Casación de la Corte. La especialidad en temas penales toca directamente con aspectos tan sensibles de la comunidad como los derechos fundamentales de los asociados y, en particular, los derechos a la locomoción y a la libertad, inherentes a la naturaleza humana y sin los cuales es imposible crecer dignamente.

Garantizar el ejercicio pleno del derecho de defensa es sinónimo de transparencia y civilización. El derecho a la defensa es, de manera incuestionable, pilar del Estado de Derecho y su salvaguarda obliga a las autoridades nacionales. Es un derecho tan elemental y básico que, sin él, las demás garantías del debido proceso serían inanes. Como derecho fundamental de aplicación inmediata, el derecho de defensa comporta una especial protección constitucional y debe entenderse como manifestación del Estado en amparo del individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas. El debido proceso y el derecho de defensa facultan al individuo a exigir un proceso en el cual se reconozcan todas las garantías de índole sustancial y procedimental.

El derecho de defensa encuentra su fundamento constitucional en el artículo 29 y su aplicación inmediata en el artículo 85. Y encuentra, también, fundamento internacionales en organismos de toda índole: a partir de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, documento funda-

mental de la Revolución Francesa, considerado precursor de los derechos humanos a nivel nacional e internacional, se firmaron varios acuerdos entre naciones desarrollando su ideario con la intención de alcanzar progresivamente su realización. La *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, en su artículo 26, establece el derecho a un proceso regular. Presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable. Y advierte que toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infames o inusitadas. En igual sentido se expresa el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, ratificado por Colombia en octubre de 1966, en su artículo 14. La *Convención Americana de Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica –1969–), dedica sus artículos 8° y 9° a consignar garantías judiciales, velar por el principio de legalidad y de retroactividad en el sentido de favorecer la aplicación de pena más benigna cuando norma posterior al hecho delictivo la contemple. Hasta la *Convención sobre los Derechos del Niño* en su artículo 40, dispone el respeto por el debido proceso y la garantía del derecho de defensa cuando quiera que se trate de menores que hayan cometido violaciones a la ley penal. El *Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* determina en su observación número 13 que “la finalidad de todas estas disposiciones es garantizar la adecuada administración de justicia y a tal efecto, afirmar una serie de derechos individuales como la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.

Son relevantes las recomendaciones internacionales en el sentido de hacer imperativa la garantía fundamental a la doble instancia como parte integrante del derecho de defensa y buscan evitar para Colombia futuras condenas internacionales como aquella recientemente presentada con ocasión del fallo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos impusiera al Estado de Surinam al afirmar que “el Estado es responsable por la violación del derecho a recurrir el fallo ante Juez o Tribunal Superior...”, en el caso de Liakat Ali Alibux, Ministro de Estado quien, en proceso de única instancia, fue condenado por la Corte Suprema de ese país.

A juicio del suscrito, el reconocimiento de la doble instancia en los procesos judiciales es necesario e indispensable y, de manera especial, en los procesos pues evidenciaría un respeto profundo al debido proceso y constituiría salvaguarda del derecho de defensa de las personas. A pesar del criterio expuesto por la Corte Constitucional en el sentido de expresar que la doble instancia, si bien constituye una forma importante de garantizar el debido proceso, no tiene carácter absoluto, para el Ponente es claro que en un Estado de Derecho como Colombia, permitir que un juez diferente a aquel que dicta el fallo

pueda revisar las decisiones desfavorables, debería ser obligación legal no sujeta a excepciones.

Nuestra Constitución Política, sin embargo, admite en su artículo 31 la existencia de casos excepcionales para poder apelar o consultar una sentencia judicial:

1. El Presidente de la República, o quien haga sus veces, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación pueden ser condenados, o absueltos, en única instancia, por el Senado de la República previa acusación formulada por la Comisión de Acusación de la Cámara de Representantes cuando se trate de delitos cometidos en ejercicio de funciones públicas, delitos comunes o indignidad por mala conducta. Y, en única instancia, en materia penal, son juzgados por la Corte Suprema de Justicia.

2. Los Congresistas. Son de única instancia los fallos penales emitidos por la Corte Suprema de Justicia, quien los investiga y juzga. Son de única instancia los fallos disciplinarios que por pérdida de investidura dicte el Consejo de Estado. Y son, también, de única instancia, los procesos disciplinarios que de conformidad con el Código Único Disciplinario les adelanta la Procuraduría General de la Nación como servidores públicos por faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de dicha calidad o durante su ejercicio, en este último caso aunque hayan dejado de ser congresistas.

A este punto del estudio del proyecto es importante llamar la atención acerca de una particular circunstancia: La organización constitucional e institucional que a partir de la expedición de nuestra Carta Política de 1991 le ha correspondido al Legislativo es ostensiblemente adversa al Parlamento y a sus miembros. Por ello, es preciso crear y diseñar instituciones que recaben la importancia y la trascendencia que representa para la vida nacional e institucional del país el Congreso de la República.

3. Los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, los Directores de Departamento Administrativo, el Contralor General de la República, los Embajadores y Jefes de Misión Diplomática o Consular, los Gobernadores, los Magistrados de Tribunales y los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, en única instancia, son juzgados por la Corte Suprema de Justicia, previa acusación de la Fiscalía, por los hechos punibles que se les imputen.

El fuero constitucional de que gozan los Congresistas y altos dignatarios del Estado está concebido sobre la base de ser investigados y juzgados en única instancia por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria dentro de procesos a cargo de Magistrados que ostentan una jerarquía superior y una preponderancia tal que puedan evitar al procesado el resultar expuesto a los errores que cometen los tribunales y los jueces inferiores. Si bien esta

razón es relevante, no excluye la posibilidad de poder contar con una segunda instancia como herramienta óptima de garantía del ejercicio del derecho de defensa ante un eventual error en la sentencia desfavorable dictada en primera instancia.

Los aforados constitucionales cuyas investigaciones y procesos penales deben ser adelantados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conforme lo indica la ley no son pocos y, esa sola circunstancia, ameritaría la modificación a la estructura y funcionamiento de la Sala Penal propuesta en la presente iniciativa. El universo significativo de funcionarios y servidores públicos cobijados por fuero constitucional define, *per se*, la inusitada importancia y trascendencia de la presente reforma a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Un rápido ejercicio arrojaría la siguiente lista de aforados constitucionales a quienes, por competencia, juzgaría la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

- Presidente de la República, o quien haga sus veces.
- Senadores de la República.
- Representantes a la Cámara.
- Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.
- Magistrados de la Corte Constitucional.
- Magistrados del Consejo de Estado.
- Miembros del Consejo Superior de la Judicatura.
- Fiscal General de la Nación.
- Ministros del Despacho.
- Procurador General de la Nación.
- Defensor del Pueblo.
- Agentes del Ministerio Público ante la Corte.
- Agentes del Ministerio Público ante el Consejo de Estado.
- Agentes del Ministerio Público ante los Tribunales.
- Directores de Departamentos Administrativos.
- Contralor General de la República.
- Embajadores de Colombia.
- Jefes de Misión Diplomática.
- Jefes de Misión Consular.
- Gobernadores.
- Magistrados de Tribunales.
- Generales de la Fuerza Pública.
- Almirantes de la Fuerza Pública.

Negarles a tantos colombianos el derecho a contar con una segunda instancia judicial es, en nuestro momento político y social, una equivocación lamentable. El Fiscal, con buen juicio y ponderado criterio jurídico, acierta al proponer al Congreso instaurar este mecanismo de defensa en los procesos que pueda adelantar la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia contra ellos.

De otro lado, el proyecto consagra un beneficio adicional para los procesos que se adelanten contra congresistas: en todas las instancias procesales estará presente el Ministerio Público como repre-

sentante de los ciudadanos ante el Estado y como garante del correcto ejercicio de las funciones que la Carta y la ley le dan a los servidores públicos.

### ***Garantía de Impugnación de la Primera Sentencia Condenatoria y Unificación de la Jurisprudencia***

El artículo 3° del proyecto busca garantizar, en todos los casos, el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria que sufra un procesado.

El artículo prevé los casos en los cuales la primera sentencia condenatoria se profiere en segunda instancia, puesto que para los casos en que se da en primera instancia existe la posibilidad de apelar ante el respectivo juez competente. La Corte Constitucional, en Sentencia C-792 de octubre 31 de 2014, exhortó al Congreso para que en el término razonable de un año regule integralmente sobre el derecho a impugnar, en todos los casos, las sentencias condenatorias. Si el Congreso no lo hiciera, se entenderá que este derecho procede, sin excepción, ante el superior jerárquico.

A pesar de no conocerse el texto sobre la sentencia referida, la Corte expresó su posición a través de un comunicado de prensa en el cual aclara que “este derecho a impugnar la sentencia condenatoria no es equivalente a la garantía de la doble instancia, puesto que si bien en ciertos supuestos debe haber coincidencia entre ambas figuras, como cuando en un proceso de doble instancia, la decisión de condena se produce en la primera de ellas, en otros escenarios, la previsión constitucional sobre la doble instancia no resulta suficiente, bien porque se trata de un proceso penal de única instancia, circunstancia permitida por la Constitución, que admite excepciones a la garantía de la doble instancia, o bien porque siendo el proceso de doble instancia, la condena se produce en la segunda de ellas, hipótesis estas en las que, al no contemplarse el derecho a controvertir el fallo condenatorio, se desconoce uno de los elementos constitutivos del debido proceso”.

Para la Corte Constitucional es meridiano que el debido proceso le debe garantizar al sujeto el hecho de poder impugnar la sentencia que lo condena. Desconocer este derecho es violentar el conjunto de garantías que ofrece el debido proceso, postulado básico del Estado de Derecho, para asegurar a las personas un resultado justo y equitativo dentro de las actuaciones judiciales o administrativas a las que se vea sometido. El debido proceso es, pues, la máxima expresión de las garantías fundamentales que acompañan a las personas.

El presente proyecto de ley persigue que el conocimiento de la impugnación de la primera sentencia condenatoria proferida por cualquiera de las tres Salas en que se dividiría la Sala de Casación Penal al resolverse un recurso de casación, o en procesos contra aforados, corresponda a la Sala que siga en orden, a menos que al resolverse tal impugnación la Sala competente estime necesaria la unificación jurisprudencial. En este caso, se convocaría a la Sala siguiente para que, conjuntamente, dictasen una sentencia de unificación.

Sin embargo lo dispuesto en el texto aprobado por la Plenaria de la Cámara Baja, el Ponente conoció la opinión de algunos juristas en el sentido de no compartir la conveniencia de esta disposición. Aducen que el fraccionamiento de la Sala de Casación Penal en tres salas integradas cada una por tres de los nueve Magistrados, iría en detrimento de la unificación jurisprudencial como órgano cierre de la jurisdicción ordinaria y dificultaría administrar pronta y cumplidamente la justicia por cuanto la cadena de recursos alargaría los procesos. El Ponente, respetando la muy calificada opinión de importantes tratadistas, estima que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es garantía para los asociados y propone, salvo mejor consideración de esta Comisión Primera, mantener el artículo aprobado en la Plenaria de la Cámara de Representantes.

También contempla el proyecto la eventualidad que, aun confirmándose la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, alguna Sala de Casación Penal crea conveniente unificar jurisprudencia. Se podrá sugerir, entonces, una reunión de todas las salas de Casación Penal para dictar sentencia.

#### ***Justicia Material y Juicios en Equidad***

Otro aspecto relevante de la iniciativa es el que toca con la realización de la justicia material y la competencia de la Sala de Casación Penal para proferir fallos en equidad que busquen la interpretación correcta del derecho sustancial y el respeto por las formas procesales.

La prevalencia del derecho sustancial está consagrada en el artículo 228 constitucional cuando, al referirse a la Administración de Justicia, advierte que sus actuaciones serán públicas y permanentes y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 4°, afirma que “al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”.

Los juicios en equidad suponen la posibilidad de obtener una decisión judicial en donde prevalezca el derecho sustancial en ausencia de una norma legal o por fuera del procedimiento vigente. Es evidente que en la aplicación de la ley se debe buscar la justicia, no sólo la justicia legal sino la justicia enmarcada dentro de criterios de bien común y relaciones sociales que den lugar a lo equitativo, objeto de la equidad.

La aplicación del concepto de equidad con el propósito de alcanzar una justicia equitativa y no sólo legal está presente en la redacción del inciso 7° del literal b) del artículo 3° del proyecto de ley a estudio de la Comisión. En efecto, el texto reza: “Con el objeto de hacer realidad la justicia material en casos concretos, la Sala de Casación Penal también podrá optar por proferir fallos en equidad en aquellos eventos en los que el rigor de la ley no resulte aplicable”.

“La justicia implica equidad y al aplicar la ley sin esta, se estaría actuando injustamente”, afirmaba el reconocido jurista José María Velasco Guerrero en

la sesión de la Comisión de Reforma a la Justicia en mayo de 1991. Pocos meses después se expidió la Constitución Política que nos rige acogiendo en el artículo 230 el concepto de equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial y bajo el rigor que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley.

Los juicios en equidad suponen que el juez no recurre a una norma legal preestablecida para fallar una controversia y tienen en Colombia un carácter excepcional. El proyecto otorga a la Sala de Casación Penal la facultad de optar por proferir este tipo de fallos en los eventos en los cuales el rigor de la ley no resulte aplicable y para dulcificar, o morigerar, los efectos de la norma positiva.

#### ***Sentencias interpretativas***

Para el ponente es claro que no se pueden introducir en las discusiones de esta Comisión, materias nuevas que no se hayan considerado en los debates ya surtidos en la Cámara de Representantes. Sin embargo, sobre el trámite de los proyectos de ley pesa el principio de identidad flexible o relativa que, al decir de la Corte Constitucional, “supone que el proyecto de ley que cursa en el Congreso sea el mismo durante los cuatro debates parlamentarios, bajo el entendido que las Comisiones y las plenarios de las Cámaras pueden introducir modificaciones al proyecto y que las discrepancias entre lo aprobado en una y otra Cámara se puede superar mediante el trámite de conciliación por Comisiones de Mediación, que no implica repetir todo el trámite. Por este principio, no resulta admisible cualquier adición en cualquiera de las etapas de formación de la ley, ya que se exige que dicha relación sea de conexidad clara, específica, estrecha, necesaria y evidente”. Y afirma, “La Corte reconoce la amplia facultad que la Constitución Política concede a las plenarios y a las comisiones para introducir modificaciones, adiciones y supresiones a los proyectos de ley debatidos, que si bien no es ilimitada, resultan aceptables aquellas variaciones al texto que se juzguen necesarias y se refieran a la misma materia o que se relacionen con ella”.

La Corte Constitucional, a propósito de la consecutividad que debe presidir el trámite legislativo ha afirmado que dicho principio exige que los proyectos de ley se surtan en cuatro debates de manera sucesiva en las comisiones y en las plenarios de las cámaras legislativas, salvo las excepciones constitucionales o legales.

Y sobre el principio de la unidad de materia, ha dicho “con relación al proceso legislativo, si bien es amplio en aras de respetar el principio democrático y el margen de configuración del legislador, sirve para establecer si durante el trámite del proyecto se ha observado o no el principio de identidad. Así pues, si bien el principio de identidad flexible permite a las comisiones y a las plenarios de cada Cámara hacer modificaciones, adiciones o supresiones a los proyectos en curso, en virtud del principio de unidad temática, esos cambios sólo pueden producirse si versan sobre la misma materia general del proyecto”.

Teniendo en cuenta las previsiones enunciadas, el ponente desea hacer conocer de los miembros de esta Comisión que el proyecto de ley originalmente presentado a la Comisión Primera de la Cámara de Representantes incluía como artículo 4° la creación de otro artículo nuevo en la Ley 270 de 1996 que permitiría a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia proferir sentencias interpretativas con fuerza vinculante también en casos diferentes de aquellos en que se dictase. La selección de los casos se concebía en forma discrecional. A la Sala de Casación Penal se le otorgaba, también, la competencia para establecer y modular los efectos del fallo en el caso concreto cuando, a juicio de la Corte, fuese preciso hacerlo. A pesar de la aprobación impartida por la Comisión a este artículo nuevo, la plenaria de la Cámara optó por su retiro en razón de estimar que las sentencias interpretativas podrían ser, de una u otra forma, sentencias modulativas, es decir, sentencias que puedan crear derecho. La modulación es técnica utilizada, por regla general, en el control de constitucionalidad para establecer el sentido en el que debe entenderse una norma. Entre nosotros, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, han generado importantes sentencias modulativas.

Connotados especialistas en derecho público, han expresado en múltiples foros la conveniencia que tendría en materia judicial el hecho de que la Corte contara con esa atribución y que, a través de ella, dispusiera que las interpretaciones desfavorables tuviesen efectos futuros y no cobijasen comportamientos anteriores, entre otros aspectos. El ponente desea destacar la importancia que, a su juicio, reviste para la seguridad jurídica de los asociados y para el sistema judicial colombiano el hecho de permitir que el máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria Penal pueda dictar sentencias interpretativas a fin de aclarar el sentido o alcance de una norma, definir su interpretación, evitar vacíos en el ordenamiento jurídico, unificar la jurisprudencia e irradiar los efectos de los derechos fundamentales en el proceso penal. Dado que a conocimiento de la Corte no llegan la totalidad de los delitos tipificados en nuestra legislación, es razonable pretender que dicha Sala de Casación tenga la competencia para asumir, en forma discrecional, el conocimiento casuístico de algunos procesos para pronunciarse fijando su alcance por medio de sentencias interpretativas advirtiendo a la Comisión que, en caso alguno, dicha competencia puede excederse para crear tipos penales o extenderse de manera desfavorable en situaciones presentes o pasadas pues la facultad legislativa se halla, en forma exclusiva, constitucionalmente radicada en cabeza del Congreso.

El ponente, con todo respeto, desea acoger y rescatar la aprobación que la Comisión Primera de la Cámara impartió al texto del artículo 4° que sobre sentencias interpretativas traía el proyecto y se permite presentar a la Comisión del Senado, en pliego de modificaciones adjunto, la inclusión del

artículo 4° original, cuyo título hace referencia a la sentencias interpretativas y de unificación, sin el párrafo incluido al texto primario sobre sentencias modulativas, retirado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes.


#### *Integración de la Sala Plena*

Otra modificación sugerida por este ponente hace relación a la inclusión de los seis nuevos Magistrados que integrarían la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la conformación de la Sala Plena. No existe una justificación suficiente para impedir que quienes ostentan una misma calidad, unas mismas funciones, unas mismas responsabilidades, una misma remuneración y un mismo fuero para su investigación y juzgamiento, no tengan unos mismos derechos en el ejercicio de sus competencias. Se ha aducido como razón básica para proponer su exclusión de la Sala Plena la desproporción que generaría el mayor número de Magistrados de la Sala Penal frente a la inferioridad numérica de los miembros de las Salas restantes y, a partir de ella, la eventual imposición del criterio de la Sala Penal sobre las otras Salas, en particular, en asuntos referidos a la renovación de sus integrantes. El ponente piensa que disminuir y limitar a tal punto las competencias y facultades de los nuevos Magistrados y su derecho al voto, es cercenar en forma infundada el derecho a la igualdad y propender por diferenciaciones excesivas. Pero deja al buen juicio de la Comisión del Senado una decisión final sobre este tópico.

Por último, el texto del articulado dispone que las investigaciones, sumarios y juicios en curso se remitan a las Salas de Instrucción y Juzgamiento, según el caso, para continuar con el trámite que corresponda. Es la adaptación de los casos en curso a la ley, en la eventualidad de resultar aprobada. Y dispone, además, una competencia residual en las Salas de Juzgamiento de los asuntos que no se les confieran a la Sala de Casación Penal.

Con fundamento en las consideraciones expuestas me permito proponer a la Comisión Primera Constitucional del Senado, “dese primer debate al Proyecto de ley número 133 de 2014 Senado, 109 de 2014 Cámara, *por medio de la cual se reforma la estructura y el funcionamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*, de conformidad con el pliego de modificaciones que se adjunta.

De los señores Senadores, con todo respeto,



ROBERTO GERLEIN ECHEVERRÍA



## (ANEXO 1)

**IMPEDIMENTOS DE LOS CONGRESISTAS.**

A propósito de la presentación a consideración del Congreso de la República del Proyecto de ley estatutaria número 109 de 2014 Cámara, para modificar la composición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de separar la investigación y el juzgamiento, y establecer la doble instancia en los procesos que ella adelanta contra los Congresistas y otros aforados, es preciso dilucidar si los parlamentarios que tienen investigaciones previas o formales en curso, estarían impedidos para participar en el debate y votación del mencionado proyecto. Para despejar esa inquietud es preciso remitirnos a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

**1. Conflicto de intereses**

Sobre los presupuestos que deben concurrir para que se estructure el conflicto de intereses de los congresistas, hay pronunciamientos diversos, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

**1.1 La Corte Constitucional y el conflicto de intereses**

La Corte Constitucional en la Sentencia C-1040 de 2005 sobre los presupuestos que deben concurrir para que se configure el conflicto de intereses sostuvo<sup>1</sup>: **“De los anteriores elementos que suponen la existencia de un conflicto de intereses, se destaca el correspondiente a la exigencia de demostrar el beneficio particular, directo e inmediato que le reporta al congresista la participación en el debate o votación de un determinado proyecto de ley** (negritas fuera de texto), conforme lo establece el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 [147]. Existe un interés **directo**, cuando el provecho que se obtenga por el parlamentario, sus familiares o socios en los términos previstos en la ley, no requiera para su demostración de actos, hechos o desarrollos posteriores que lo conviertan en hipotético o aleatorio. Sobre el particular la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la comprobación del mismo: “debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse con respecto a los proyectos de ley, sin intermediación alguna. Solo dentro de los límites de un determinado ordenamiento jurídico puede tener para el congresista o las personas indicadas en el numeral 286 de la Ley 5ª de 1992, relevancia su interés, el cual no puede ser otro que aquel en el cual sus destinatarios tengan relación directa con el mismo” [148]. Por otra parte, el interés se torna en **particular**, cuando la adopción de una decisión en un asunto concreto le generaría al parlamentario un provecho o beneficio, específico y personal, para sí mismo o para quienes de acuerdo con la ley se encuentren relacionados con él, y que no obstante

estar consciente de dicha circunstancia, no manifiesta su impedimento para participar en el debate o votación correspondiente. Finalmente, el interés debe ser **inmediato**, con el propósito de excluir sucesos o hechos contingentes e imprevisibles, sobre los cuales no sea posible determinar o predecir con cierto grado de convicción y de evidencia fáctica su realización en el futuro.

**1.2. El Consejo de Estado y el conflicto de intereses**

A su turno el Consejo de Estado, ha precisado que el conflicto de intereses *“en términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla”*<sup>2</sup>.

Esta institución busca *“impedir que prevalezca el interés privado del congresista sobre los intereses públicos”*<sup>3</sup> y tiene como características, entre otras, las siguientes:

1. *“El conflicto de intereses afecta la transparencia de la decisión”*.

2. *“Debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley”*.

3. *“Debe derivarse directamente de la decisión. El acto jurídico debe tener por sí mismo la virtud de configurar el provecho de manera autónoma, esto es, que no se requiera de actos, hechos, o desarrollos ulteriores para cristalizar el beneficio personal”*. (Negritas fuera de texto).

4. *“Debe ser actual y cierto. No puede ser futuro”*.

5. *“Debe originar un beneficio real no uno hipotético o aleatorio”*<sup>4</sup>.

Para la configuración del conflicto de interés se debe constatar primero lo que el Consejo de Estado ha llamado el interés privado concurrente, el cual, de acuerdo con los lineamientos del máximo tribunal de lo contencioso administrativo se deduce así:

*“ a) Existencia. Se configura el interés privado cuando hay “exigencia para la satisfacción de necesidades humanas” –Messineo, Tomo II, p. 10 –, lo cual acontece cuando surgen v.gr.: ventajas o provechos representados en derechos subjetivos, o en ventajas de tipo reparativo positivo (como indemnización por daños o detrimento de derechos) o negativo (reparación de gastos), o de tipo enriquecedor (como ganancias, utilidades, provechos, derechos, etc.), o cuando se refieren a la simple exoneración de desventajas (exoneración de obligaciones, cargas, etc.)”*.

De acuerdo con la jurisprudencia de nuestras altas cortes existe el conflicto de intereses cuando

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 19 de diciembre de 2005, Ms. Ps. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Fundamento 8.6.7.2.1.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación número 1572 de abril 28 de 2004; en igual sentido sentencia de 20 de noviembre de 2001, exp. núm. PI-0130, Consejero Ponente, doctor Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>3</sup> *Ibíd.*

<sup>4</sup> *Ibíd.*

hay antagonismo entre el interés privado del congresista y el interés público y se pretende hacer prevalecer aquel sobre este.

De otra parte, el interés que configura el conflicto de intereses deben ser **particular**, esto es específico y personal no público; **directo** o sea que el acto en que participa el congresista tenga la virtualidad de generar de manera autónoma un provecho sin que se necesiten de actos o actuaciones posteriores; e **inmediato** o sea actual y cierto para excluir los hechos hipotéticos o futuros.

## 2. Conflicto de intereses y proyecto de ley estatutaria de reforma a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para separar la investigación y juzgamiento y establecer la doble instancia

El asunto jurídico a resolver es si el proyecto de ley estatutaria que modifica la composición de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, puede generar conflicto de intereses y por tanto impedimento para los congresistas que teniendo investigaciones previas o formales en curso, participen en el debate y votación del mismo, para lo cual es necesario establecer si el proyecto de ley puede generar ventajas o provechos de índole particular. En otros términos si el articulado del proyecto implica que se puedan derivar beneficios para los congresistas que tienen asuntos pendientes en dicha corporación.

### 2.1. La separación de las funciones de investigación y juzgamiento

En relación con esta propuesta concreta y el conflicto de intereses es claro que este no tiene lugar por las siguientes razones:

#### a) No existe beneficio particular.

El proyecto propone la creación de dos magistrados de instrucción, quienes conocerán en las etapas de indagación e investigación de las denuncias que se formulen contra los congresistas. Sobre el particular hay que recordar que en la actualidad a raíz de que la Corte Constitucional en la **Sentencia C-545 de 2008** ordenara que en los procesos penales contra los legisladores había que separar las funciones de investigación y juzgamiento, la Corte Suprema de Justicia decidió por **acuerdo 001 de 2009** que, en el futuro, para adelantar los procesos penales contra los parlamentarios, una sala conformada con tres Magistrados que se encuentren en turno, se encargaría de la investigación y los restantes de la Sala Penal, o sea seis magistrados, cumplirían con la función de juzgamiento. Esto es, **la separación entre la investigación y juzgamiento ya existe**. Lo único que hace el proyecto es reemplazar una sala por un magistrado de instrucción encargado de cumplir la función, más hay que considerar que los magistrados de instrucción, mientras se aplique la Ley 600 de 2000, también actuarán en Sala para tomar decisiones. No puede decirse que con esa decisión se va a generar la satisfacción de un **interés particular** para el congresista, **porque la separación entre la investigación y el juzgamiento es una garantía universal que cobija a todos los sujetos pasivos de la acción penal y es desarro-**

### llo de otra garantía universal: la imparcialidad judicial.

Entonces, sí se trata de aplicar garantías ecuménicas a las cuales tienen derecho todos los procesados, **es obligado concluir que se está velando por un interés público y no particular**. Luego no se configura el conflicto de intereses y tampoco su consecuencia el impedimento.

#### b) No se configura un beneficio directo ni inmediato.

De otra parte, en gracia de discusión, si la creación de los investigadores creara un beneficio particular<sup>5</sup>, que se insiste no lo es, él **no sería directo, actual, inmediato, ni cierto**, porque el proyecto **debe ir a examen de constitucionalidad a la Corte Constitucional, luego, para implementar la ley debe adelantarse todo el proceso para el nombramiento de los magistrados de instrucción, disponer de los recursos presupuestales, etc.** Y no se sabe a ciencia cierta cuánto pueden demorar esos trámites. Mientras tanto las preliminares o las investigaciones pueden haber concluido, lo que nos indica que es aleatorio que ellas lleguen a ser conocidas por los funcionarios que crean esta reforma. En relación con este tópico no se reúnen, tampoco, los presupuestos para que se configure un conflicto de intereses.

### 2.2. La doble instancia.

#### a) No existe beneficio real, actual e inmediato.

El proyecto plantea, también, la creación de una Sala de Juzgamiento al interior de la Sala Penal encargada de conocer en primera instancia de los juicios contra los congresistas, y la Sala de Casación Penal integrada por nueve magistrados conocería en segunda instancia. Esta determinación no genera un **beneficio real, actual e inmediato** para el congresista que se encuentra investigado preliminarmente o formalmente, porque esa **sala solo actuaría en el hipotético caso que sean llamados a juicio**. Aceptar que estarían incurso en conflicto de intereses sería emitir un pronunciamiento anticipado de que van a ser llamados a juicio sin contar con los elementos de prueba suficientes para ello. Estamos ante una hipótesis futura y aleatoria. El posible interés tampoco se puede decir que es **directo** porque para que esa sala llegue a existir se necesitan hechos y desarrollo ulteriores tales como **el examen de constitucionalidad del proyecto de ley por la Corte Constitucional, la existencia de una convocatoria pública por parte del Consejo Superior de la Judicatura para postular los posibles integrantes y la elección de los mismos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.**

<sup>5</sup> En sentencia de 24 de abril de 2012, radicado 11001-03-15-000-2011-00084-00 (PI 0084) M. P. Gerardo Arenas Monsalve, el Consejo de Estado consideró que a pesar de encontrarse el Senador Armando Benedetti en investigación previa ante la Corte Suprema de Justicia y haber participado en la discusión y votación de una reforma penal no se configuraba el conflicto de intereses porque no se vislumbraba la existencia de un interés particular y concreto.

Es decir, que el posible provecho no sería actual, ni directo, ni inmediato.

**b) No se genera un interés particular.**

La decisión persigue satisfacer no el interés individual del congresista, sino el **interés público no solo nacional sino internacional** que ha consolidado a través de tratados internacionales la doble instancia como una garantía universal para todas las personas que sean procesadas penalmente.

Ahora, la doble instancia no se consagra solo a favor de los congresistas sino de todos los aforados que son juzgados por la Corte Suprema de Justicia, es decir, según el artículo 235 numeral 4, subrogado por el artículo 1° del acto legislativo 06 de 2011, de los Ministros del Despacho, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, de los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, de los Directores de los Departamentos Administrativos, del Contralor General de la República, de los Embajadores y jefes de misión diplomática o consular, de los Gobernadores, de los Magistrados de los Tribunales y de los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública. De tal manera que siendo una figura procesal que se busca institucionalizar para satisfacer el interés de la comunidad internacional en la vigencia de las garantías procesales y, en concreto de la doble instancia, y que ella cobija a un importante sector de servidores públicos de todos los niveles de la administración<sup>6</sup>, hay que colegir que no se trata de la satisfacción de un interés particular de los miembros del Congreso.

**2.3. La impugnación de la sentencia condenatoria proferida por la Corte Suprema de Justicia por primera vez.**

Esta nueva figura establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014 M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, la cual según el comunicado número 43 de 29 y 30 de octubre del año que avanza, dispuso que de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia, quien fuera condenado por primera vez tenía derecho a impugnar la sentencia, tampoco genera impedimento por conflicto de intereses para los Congresistas investigados preliminar o formalmente, porque el beneficio no es particular toda vez que se trata de incorporar al ordenamiento jurídico una garantía universal y está de por medio el interés de la comunidad internacional en que Colombia adecue su legislación a los compromisos adquiridos frente a ella.

Tampoco el interés es directo ni inmediato, porque el posible beneficio depende de una hipotética condena que no se sabe a ciencia cierta si llegará a producirse y la aplicación de las disposiciones del proyecto requiere de actuaciones posteriores como el examen de constitucionalidad previo por parte de la honorable Corte Constitucional.

Por tanto, de conformidad con lo expuesto y de acuerdo con la jurisprudencia de nuestras altas cortes, hay que descartar que se configure la causal de impedimento del conflicto de intereses para los congresistas, que los inhiba de participar en el debate y votación de este proyecto de ley. En consecuencia, los impedimentos deben ser negados y habilitar a quienes los manifesten para ejercer la función congresional en este caso concreto.

**PLIEGO DE MODIFICACIONES**

**AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 133 DE 2014 SENADO, 109 DE 2014 CÁMARA**

*por medio de la cual se reforma la estructura y el funcionamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

**Artículo 1°. Modifíquese el artículo 15 de la Ley 270 de 1996, el cual quedará así:**

Artículo 15. *Integración.* La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y está integrada por veintinueve (29) Magistrados, elegidos por la misma Corporación para períodos individuales de ocho (8) años, de listas superiores a cinco (5) candidatos que reúnan los requisitos constitucionales, por cada vacante que se presente, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o por quien haga sus veces.

El Presidente elegido por la Corporación será su representante y tendrá las funciones que le señalen la ley y el reglamento.

Parágrafo. El período individual de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, elegidos con anterioridad al 7 de julio de 1991, comenzará a contarse a partir de esta última fecha.

**Artículo 2°. Modifíquese el artículo 16 de la Ley 270 de 1996, el cual quedará así:**

Artículo 16. *Salas.* La Corte Suprema de Justicia cumplirá sus funciones por medio de cinco (5) Salas, conformadas así:

a) La Sala de Casación Civil y Agraria, estará integrada por siete (7) Magistrados;

b) La Sala Penal, estará conformada por quince (15) Magistrados que integrarán tres (3) Salas: dos (2) de juzgamiento y una (1) de Casación Penal que a su vez se dividirá en tres (3) Salas. Así mismo, existirán dos magistrados de instrucción;

c) La Sala de Casación Laboral, estará integrada por siete (7) Magistrados;

d) La Sala Plena la integrarán todos los Magistrados de la Corporación.

e) La Sala de Gobierno, la conformarán el Presidente, el Vicepresidente y los Presidentes de cada una de las Salas de Casación.

Las Salas de Casación Civil y Agraria, de Casación Laboral y de Casación Penal, actuarán según su especialidad y por su carácter de Tribunal de Casación podrán seleccionar las sentencias objeto de

<sup>6</sup> Cfr. Sentencia de 23 de agosto de 1998. Expediente AC-1675. Actora: Aura Nancy Pedraza Piragauta y Concepto de 27 de mayo de 1999. Expediente 1191. Actor: Ministro del Interior.

su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales, control de legalidad de los fallos y de realización de la justicia material. También conocerán de los conflictos de competencia que, en el ámbito de sus especialidades, se susciten entre las Salas de un mismo Tribunal, o entre Tribunales, o entre estos y juzgados de otro Distrito, o entre juzgados de diferentes distritos.

**Artículo 3°.** Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

Artículo 16A. *Estructura y funcionamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.* En adelante, la Sala Penal estará integrada por quince (15) Magistrados que conformarán a su vez, tres (3) Salas. Así mismo, se establece la existencia de Magistrados que tendrán las funciones de investigación. Su integración es la siguiente:

a) Dos (2) Salas de Juzgamiento ante las cuales se adelantará el respectivo juicio, en primera instancia, tanto de las acusaciones formuladas por los Magistrados de instrucción como de aquellas realizadas por la Fiscalía General de la Nación de acuerdo con el numeral 4 del artículo 235 de la Constitución Política. Cada una de ellas estará conformada por dos (2) Magistrados. En caso de existir empate en las decisiones adoptadas, será llamado a dirimirlo uno de los magistrados de la otra sala de juzgamiento elegido por sorteo.

El conocimiento de las conductas cometidas por los aforados constitucionales, deberá aplicarse el procedimiento de la Ley 600 de 2000. Para el efecto, los magistrados de instrucción adoptarán las decisiones en Sala. En caso de empate se resolverá con la designación de un conjuez;

b) La Sala de Casación Penal que se conformará por los actuales nueve (9) Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esta Sala se dividirá en tres (3) salas, cada una de ellas integrada por tres (3) Magistrados.

Estas Salas integrarán el órgano cierre de la jurisdicción ordinaria en materia penal y conocerá de los asuntos de casación, revisión y extradición, así como de los recursos de apelación contra las providencias proferidas en primera instancia por las Salas de Juzgamiento y contra las sentencias proferidas en primera instancia por las Salas Penales de Decisión de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y las Salas de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz. También conocerán de las acciones de tutela, de conformidad con el Decreto número 1382 de 2000.

A fin de garantizar en todos los casos el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria y asegurar la unificación de la jurisprudencia, las Salas seguirán las siguientes reglas:

1. En los procesos en los que las Salas Penales de Decisión de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, las del Tribunal de Justicia y Paz y las Salas de juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia proferieran en primera instancia una sentencia

condenatoria, las tres (3) Salas que conforman la Sala de Casación Penal podrán reunirse para dictar sentencias de unificación si así lo estiman necesario. En caso contrario, el conocimiento del asunto lo asumirá la sala designada por reparto.

2. El conocimiento de la impugnación de la primera sentencia condenatoria proferida por alguna de las Salas de Casación Penal corresponderá a la Sala que le siga en orden salvo que, al resolver dicho recurso la Sala competente considere necesario unificar jurisprudencia. En este último caso, convocará a la sala siguiente para que de manera conjunta proferan una sentencia de unificación.

3. Si a pesar de confirmar la decisión absoluta de primera instancia, alguna de las Salas que integran la Sala de Casación Penal considera necesario unificar la jurisprudencia en el asunto propondrá la reunión de todas las Salas de Casación Penal para emitir sentencia.

Con el objeto de hacer realidad la justicia material en casos concretos, la Sala de Casación Penal también podrá optar por proferir fallos en equidad en aquellos eventos en los que el rigor de la ley no resulte aplicable;

c) Se crean así mismo dos magistrados de Instrucción, encargados de realizar las labores de investigación y de acusación en los casos que adelanta la Corte Suprema de Justicia contra congresistas. En todo caso durante todas las instancias se garantizará la presencia y acompañamiento del Ministerio Público por medio de la Procuraduría General de la Nación.

**Artículo 4°.** Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

Artículo 16B. *Sentencias interpretativas y de unificación.* La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia podrá proferir sentencias interpretativas, con el fin de aclarar el sentido o el alcance de una norma, definir su interpretación, evitar vacíos en el ordenamiento jurídico, unificar de forma abstracta y general la jurisprudencia, e irradiar los efectos de los derechos fundamentales en el proceso penal. Estas sentencias tendrán fuerza vinculante también en casos diferentes de aquellos en que se dicte y no tendrán aplicación retroactiva, sin perjuicio del principio de favorabilidad.

La selección de casos objeto de estas sentencias será discrecional de la Sala de Casación Penal. Sin perjuicio de ello, también podrán solicitar la selección de estos asuntos, las partes o intervinientes en el proceso penal, cuando justifiquen la necesidad de unificar la jurisprudencia en un caso concreto.

**Artículo 5°.** Adiciónese el siguiente nuevo artículo a la Ley 270 de 1996, el cual tendrá carácter transitorio.

Artículo 16C. *Transitorio.* Las investigaciones previas, los sumarios y los juicios que actualmente adelanta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia serán remitidos en el estado en que se encuentren a las Salas de Instrucción y Juzgamiento, respectivamente, para que continúen

con el consiguiente trámite. Todas las actuaciones y pruebas que hayan sido practicadas mantendrán plena validez.

Parágrafo Transitorio. Modifícanse en lo pertinente, las normas sobre competencia contenidas en las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, de conformidad con las nuevas competencias que se le asignan a las Salas de Instrucción, de Juzgamiento y de Casación Penal.

**Artículo 6°. Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:**

Artículo 16D. *Competencia Residual.* El conocimiento de los asuntos que no le hayan sido confe-

ridos de forma expresa a la Sala de Casación Penal será de competencia de las Salas de Juzgamiento.

Artículo 7°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación.

De la Comisión,



ROBERTO GERLEÍN ECHEVERRÍA

## CONCEPTOS JURÍDICOS

### CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 92 DE 2014 SENADO

*por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la cirugía plástica, estética y reconstructiva en Colombia, y se dictan otras disposiciones.*

Bogotá, D. C.,

Doctor

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Comisión Séptima Constitucional Senado de la República

Carrera 7ª N°. 8 – 68

Ciudad

**Asunto:** *Concepto sobre el Proyecto de ley 092 de 2014 (S), por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la cirugía plástica, estética y reconstructiva en Colombia, y se dictan otras disposiciones.*

Señor Secretario,

Teniendo presente que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir primer debate en esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 536 de 2014.

Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, formula las siguientes observaciones:

1. En el caso de propuestas legislativas como la que ahora nos ocupa, es dable mencionar que esta Cartera en diversas ocasiones ha considerado que las mismas no solo resultan inconvenientes sino contrarias al ordenamiento constitucional<sup>1</sup>. De ahí

que se retomen algunos puntos por catalogarlos relevantes, a saber:

1.1. La proliferación de esta clase de normas responde a intereses específicos y gremiales pero, como se podrá colegir, no atiende a un beneficio general ni impulsan una necesidad regulatoria que propicie una mejor prestación del servicio de salud y un acceso al mismo.

1.2. En efecto, una de las consecuencias que generaría la iniciativa es la exclusividad de la competencia “especializada”, sin mayor argumento que lo avale, más aún cuando determinados profesionales pueden desempeñar dichas actividades por tener la capacidad y los estudios para ello (ductilidad), caso contrario, se los estaría marginando e inclusive retirando de su oficio.

1.3. Al impulsar esta clase de legislaciones, particulares y excluyentes, se produce una limitación en el acceso a los servicios de salud de la población que, en ciertas zonas del país, no contarían con profesionales especializados en cirugía estética para suplir una necesidad de esa índole, ocasionando inconvenientes de acceso. Adicionalmente, para lograr el acceso deberán sufragar, con sus propios recursos, los gastos de transporte y hospedaje que

ción: (i) Radicado número 201311400193901 sobre el PL 095 de 2012 (S) – 241 de 2013 (C), “por medio de la cual se regula el derecho a la objeción de conciencia”; (ii) Radicado número 201311400789501 sobre el Proyecto de ley 178 de 2012 (S): “por medio de la cual se reglamenta la Profesión de Tecnólogo de Atención Prehospitalaria y se dictan otras disposiciones”; (iii) Radicado 201311400997241 sobre el Proyecto de ley 010 de 2013 (C), “por medio de la cual se reglamenta la profesión de terapia respiratoria, se determina los campos de acción y se dictan otras disposiciones”; (iv) Radicado número 201311401316701 sobre el Proyecto de ley 073 de 2013 (S), “por la cual se reglamenta el ejercicio de la Profesión de Terapeutas Psicosociales, se crea el Código Ético y Deontológico y se dictan otras disposiciones”; (v) Radicado número 201411401476761 sobre el Proyecto de ley 088 de 2014 (S), “por la cual se reglamenta el ejercicio de la Profesión de Terapeutas Psicosociales, se crea el Código Ético y Deontológico y se dictan otras disposiciones”.

<sup>1</sup> Confróntense en orden cronológico los conceptos institucionales que se allegaron al Congreso de la República sobre los proyectos de ley que se relacionan a continua-

implica el traslado a las áreas en donde se encuentran esta clase de especialistas.

Bajo esta perspectiva, no existe justificación alguna para que se adopten esta clase de iniciativas pues no solo afectan a los profesionales de la salud con la competencia necesaria sino que impactan negativamente en la población que requiere los servicios de salud, lo que es contrario tanto a los artículos 48 y 49 de la Constitución Política (entre otros preceptos concordantes), como a la Ley 1751 de 2015, “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, recientemente sancionada. En ese sentido, la propuesta legislativa resulta no solo inconveniente sino, además, inconstitucional.

2. Hecha la anterior precisión, es de resaltar que la proliferación de normas orientadas a regular profesiones de la salud o de especialidades en las diferentes profesiones que tienen aplicación en la atención en salud, sin duda, ha sido una constante de hace dos décadas y se ha convertido en una clase de pulsión en procura, como se logra percibir, de nichos de exclusividad esencialmente en el ámbito de las especialidades.

Es así como, además de las normas clásicas en materia de salud, a saber, las leyes 23 de 1981, sobre profesión de la medicina; 6ª de 1982, de instrumentación técnico-quirúrgica; 31 de 1982, de terapia ocupacional; 35 de 1989, sobre la profesión de odontología; y 58 de 1983, sobre psicología, en los últimos años se han expedido normas para diversas actividades en salud o que estén ligadas con esta, las cuales se relacionan a continuación con algunas aclaraciones a nivel jurisprudencial que resultan pertinentes:

– Ley 36 de 1993, sobre bacteriología, profesión asociada a la salud que fue derogada tácitamente por las Ley 841 de 2003, norma que a su vez fue modificada por la Ley 1193 de 2008. Sobre el artículo 1º de la primera de las leyes mencionadas, la Corte Constitucional catalogó que la exclusividad que se daba al profesional de la bacteriología resultaba inexecutable y al respecto manifestó:

[...] Por todo lo anterior, la Corte Constitucional considera que la exclusión de todo profesional diferente al bacteriólogo para la dirección de laboratorios no tiene fundamento constitucional, ya que existen otros profesionales igualmente capacitados para realizar las labores ya mencionadas en el texto acusado. De esa manera, además, se impide que otras personas doctas en ciencias de la salud, en química, en biología, entre otras, realicen gran parte de las labores propias de sus áreas de trabajo [...]²

– Ley 212 de 1995, sobre químico farmacéutico como una profesión perteneciente al área de la salud.

– Ley 266 de 1996, que regula el campo de la enfermería como una profesión de la salud. Dicha

norma fue modificada por las leyes 911 de 2004 y 962 de 2005.

– Ley 372 de 1997, sobre la profesión de optometría, norma que fue modificada por la Ley 650 de 2001. En lo que concierne a la primera de estas normas y en punto al nivel de experticia exigido, la Corte Constitucional señaló:

[...] No cabe duda a la Corte en el sentido de que, aunque no se invada la órbita funcional de los oftalmólogos o de otros profesionales –interpretación con base en la cual se condicionará la exequibilidad del artículo 2º demandado–, el grado de formación académica de los optómetras que hayan de graduarse bajo la vigencia de la Ley 372 de 1997 tiene que ser forzosamente mayor, para adecuarlo al nuevo enfoque, más amplio, de las funciones que pueden cumplir.

En efecto, mientras el artículo 1º del Decreto 825 de 1954 entendía la optometría únicamente como “la determinación y mensuración científica de los defectos de refracción, acomodación y motilidad del ojo humano”, e incorporaba el ensayo, prescripción y adaptación de lentes que corrigen tales defectos y el acondicionamiento de lentes de contacto, de prótesis oculares y la práctica de ejercicios ortópticos sin el uso de drogas, medicina o intervención quirúrgica, el artículo 2º de la Ley 372 de 1997 señala que, para los fines de la misma, la optometría es una profesión de la salud que requiere título de idoneidad universitario, basada en una formación científica, técnica y humanística, cuya actividad incluye “acciones de prevención y corrección de las enfermedades del ojo y del sistema visual por medio del examen, diagnóstico, tratamiento y manejo que conduzcan a lograr la eficiencia visual y la salud ocular, así como el reconocimiento y diagnóstico de las manifestaciones sistémicas que tienen relación con el ojo y que permiten preservar y mejorar la calidad de vida del individuo y la comunidad”.

Entonces, el inciso 2º del párrafo contenido en el artículo 3º de la Ley 372 de 1997 es constitucional, en el entendido de que, como para los optómetras se han sucedido en el tiempo dos regímenes regales y estos admiten formaciones académicas distintas, los del anterior (Decreto 825 de 1954) no pueden prestar servicios de aquellos que resultan de la nueva definición legal, a menos que obtengan la nivelación correspondiente. Si no lo hacen, están sometidos a las restricciones originales, lo cual se desprende necesariamente del imperativo constitucional de proteger la salud de los pacientes que a ellos se confían [...]³

– Ley 376 de 1997, relacionada con la profesión de fonoaudiología no descrita específicamente como una profesión de la salud.

– Ley 485 de 1998, relativa a la profesión de tecnólogo en regencia en **farmacia** perteneciente al área de la salud.

<sup>2</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-226 de 5 de mayo de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>3</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-251 de 26 de mayo de 1998, MM. PP. Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo.

– Ley 528 de 1999, que regula la profesión de **fisioterapia** como una de aquellas del campo de la salud.

– Ley 657 de 2001, por la cual se reglamenta la **especialidad médica de la radiología e imágenes diagnósticas**. Respecto de dicha ley se abordó el tema de la exclusividad y la Corte Constitucional estipuló:

[...] No obstante, al disponer el inciso 2° del artículo 11 de la Ley 657 de 2001 que las demás especialidades de la medicina podrán utilizar los métodos de imágenes diagnósticas indispensables para su ejercicio, siempre que acrediten el entrenamiento adecuado, “*según reglamentación que expida el Ministerio de Educación*”, quebranta el contenido del artículo 189, numeral 11, de la Constitución, en virtud del cual es competencia del Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Por ello, se declarará inexecutable la expresión transcrita.

La Corte destaca que los profesionales médicos de otras especialidades, distintas de la radiología e imágenes diagnósticas, tendrán la posibilidad de realizar e interpretar las imágenes diagnósticas que requieran en el ejercicio de las mismas, pero deberán demostrar previamente el entrenamiento adecuado, conforme a la reglamentación que expida el Gobierno nacional, por ser dicha preparación un presupuesto imperativo para asegurar la protección de la salud mediante diagnósticos acertados [...]<sup>4</sup>.

Ley 784 de 2002, atinente a la **instrumentación quirúrgica profesional** asociada a la salud, sobre la cual se pronunció la Corte Constitucional, en específico acerca de su exclusividad:

[...] 19- La Corte observa que las tareas asignadas a los instrumentadores quirúrgicos no son nuevas, sino que, en esencia, fueron retomadas de la Ley 6ª de 1982 que el proyecto intenta reformar, y de su Decreto Reglamentario (2435 de 1991). Este último, en su artículo 7° reitera lo dicho en el artículo 10 de la Ley 6ª de 1982, que habilita también a los médicos para desempeñar las funciones de supervisión, coordinación, organización y manejo de las centrales de esterilización, manejo de máquinas de perfusión y de los materiales en los quirófanos.

Esto significa que el Legislador ya había reconocido en otra oportunidad que otros profesionales calificados, como los médicos, podían desempeñar las actividades llevadas a cabo por el instrumentador quirúrgico. Es obvio que el Congreso no queda atado por sus regulaciones previas de las profesiones pues, dentro del margen de apreciación que tiene en este campo, bien puede variar su criterio sobre la regulación de un determinado tema, ya que las Cámaras gozan de la facultad de derogar y modificar la legislación existente (C. P. artículo 150). Sin embargo, en la medida en que la regulación de las profesiones debe

ser proporcionada y razonable, la pregunta que surge es si existen actualmente elementos empíricos o desarrollos tecnológicos que justifiquen la exclusión de toda persona que no sea Instrumentador Quirúrgico de ejercer labores como la coordinación de las salas de cirugía, el manejo de centrales de esterilización y de cirugía y de equipos de alta tecnología, tales como máquinas de perfusión, láser y endoscopias de todas las entidades de salud.

20. Para responder ese interrogante, la Corte examinó varios programas académicos de carreras médicas. En tal contexto, no puede la Corte ignorar que quien cursa la carrera de medicina obtiene el título de Médico Cirujano luego del cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, el cursar materias tales como cirugía, la cual incluye horas de turnos en instituciones de atención en salud, y otras tantas relacionadas con las intervenciones quirúrgicas y con el manejo de equipos de alta tecnología (morfofisiología, patología, infectología, clínicas en diversas áreas de la salud, en las cuales se incluyen técnicas de procedimiento, quirúrgicas e instrumentación). De acuerdo con ello, un médico cirujano tiene los conocimientos necesarios para realizar una intervención quirúrgica, y obviamente tiene el saber suficiente para utilizar los medios tecnológicos puestos a su disposición a fin de realizar diagnósticos o supervisar las salas de cirugía. Aunque usualmente dentro de la organización en los quirófanos, el médico cirujano cuenta con instrumentadores que le presten su colaboración y por tanto no requiere hacer este tipo de labores, ello no implica que si es necesario en un momento dado, ya sea por carencia de personal o por una emergencia, pueda hacerlo por sí mismo. Igualmente, el concepto de la Academia Nacional de Medicina, incorporado al presente expediente (fl. 188), señala que el personal técnico, como los Instrumentadores Quirúrgicos, tiene el mínimo de formación requerida para el manejo del instrumental quirúrgico, y la única exclusividad que menciona es la referida a la intervención de la persona enferma, reservada a profesionales preparados para tal efecto, como médicos y enfermeras.

21. Conforme a lo anterior, es claro que el artículo 13 del proyecto bajo examen es inconstitucional, ya que excluye del ejercicio de ciertas actividades a los médicos cirujanos, entre otros, quienes cuentan con los conocimientos necesarios para coordinar una sala de cirugía, manejar centrales de esterilización, de cirugía y equipos de alta tecnología, pues en esencia, la instrumentación quirúrgica surgió en Colombia como una forma de apoyar a los médicos en el quirófano, a fin de facilitar su trabajo en medio de un ambiente apropiado para el paciente. Por tanto, la exclusión hecha por el legislador no tiene sustento, pues excluye a profesionales que, como los médicos cirujanos, cuentan con los conocimientos necesarios para no generar el riesgo social que pretende ser evitado a través de la ley parcialmente objetada. Y es que, contrariamente a la evidencia empírica, el Congreso supone que solo los instrumentadores están capacitados para esas labores,

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-038 de 28 de enero de 2003, M P. Jaime Araújo Rentería.

pero no aparece ninguna razón suficiente que permita justificar tal conclusión, sobre todo si se tiene en cuenta que el mismo Congreso previamente había aceptado la competencia e idoneidad de otros profesionales de la salud.

La Corte encuentra entonces que el proyecto excluye de las actividades de instrumentación quirúrgica a personas que generan un riesgo social y a quienes no causan tal riesgo, pues existen otros profesionales de la salud, que tienen una formación equivalente o superior en el tema de instrumentos quirúrgicos, y que pueden entonces manejar idóneamente instrumentos en salas de cirugía o equipos de salud de alta tecnología. El artículo 13 objetado es entonces discriminatorio, al atribuir esas actividades exclusivamente a los Instrumentadores Quirúrgicos [...] <sup>5</sup>

– Ley 949 de 2005, que alude a la **terapia ocupacional** como profesión del ámbito de la seguridad social y la educación.

– Ley 1090 de 2006, relativa a la profesión de **psicología**, y que se desarrolla en diferentes contextos. Sobre esta norma, la Corte consideró que una profesión no puede estar sometida a una de sus tendencias investigativas como lo es el paradigma de complejidad y, por ello declaró inexecutable un aparte del artículo 1°, pues se vulnera la libertad de cátedra y enseñanza <sup>6</sup>.

– Ley 1240 de 2008, relacionada con la profesión de **terapia respiratoria**.

Finalmente, en 2013 se expidió la Ley 1655, disposición que se limita a declarar que el **Gerontólogo** es considerado como un profesional de la salud.

3. La profesionalización de actividades y su sujeción a unos principios, un régimen de responsabilidad y unas sanciones constituye un desarrollo del artículo 26 de la Constitución Política. Existe un riesgo social que debe ser regulado y controlado por el Estado. No obstante, es evidente que no toda labor debe ser profesionalizada o es conveniente que lo sea, aún en temas relacionados con la salud en donde existe un indudable riesgo. Son diversas las actividades que pueden ser prestadas por personal auxiliar o por otro profesional debidamente capacitado, sin que ello implique un desmedro en la prestación de un servicio público o atente con su garantía o calidad del mismo.

La profesionalización comprende, entonces, una necesidad social de conocimiento, **calidad** y formación de criterio científico, pero esto no significa que toda actividad **deba** (aunque **pueda**) contar con tales atributos. En el escenario de la salud, y admitiendo que pueda ser deseable, la división del trabajo admite niveles en donde es factible que ciertas acciones sean desplegadas por un profesional o funcionario ejecutivo con la destreza ineludible para prestar el servicio requerido.

Es por esto que, es menester explorar la alternativa teniendo en cuenta, en primer lugar y en el plano netamente constitucional, el grado de **riesgo** que entraña la cirugía estética y la necesidad en su práctica de destrezas que deban ser profesionalizadas.

Por tal motivo, no puede perderse de vista que, el salto cualitativo hacia la profesionalización y hacia la especialización puede incrementar los costos del sistema sin que exista una razón poderosa para ello. Esto no debe ser interpretado como una fórmula para pauperizar asignaciones de los funcionarios de la salud sino, más bien, como el reconocimiento de una realidad evidente. Si a esto se suma la eventual carencia de personal profesionalizado en ciertas áreas del país y la actual idoneidad de quienes prestan el servicio, se podría llegar a concluir que la propuesta contiene una exigencia que podría desbordar las posibilidades de respuesta del sistema. Esta hipótesis difiere sensiblemente de aquella que puede llegar a justificar la ausencia de personal médico para actividades como el diagnóstico y el pronóstico donde, a pesar de la carencia, su presencia es irremplazable.

En efecto, lo que se viene tratando tiene unas implicaciones en los costos de la prestación de servicios no solo a nivel del usuario (**gasto de bolsillo**), sino a nivel del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues las necesidades de intervenciones de patologías de baja y mediana complejidad tendrían que ser atendidas por el especialista a un costo superior para el sistema. Igualmente, no hay que pasar por alto que dichos especialistas generalmente se ubican en ciudades intermedias o capitales, circunstancia que ocasiona un costo de desplazamiento para los usuarios localizados en zonas de difícil acceso geográfico, zonas dispersas o aquellos que estén ubicados en municipios categoría 5 y 6. De hecho, esta proliferación normativa ha ocasionado una exclusión y exclusividad en algunas profesiones del área de la salud. El hacer **exclusiva** una competencia para un solo profesional en salud, cuando existen otras profesiones que cuentan con la idoneidad necesaria para realizarla por la formación educativa que ha recibido, implica una barrera de acceso a los servicios de salud de la población más pobre y vulnerable que se encuentra ubicada en zonas que equivalen a más del 90% de los municipios del país en los que hay ausencia de especialistas y que en algunos casos tampoco cuentan con profesionales generales. Lo anterior indica que hay una **exclusión** de personal de salud que puede brindar los servicios y que a su vez podría ejercer su labor en situaciones de emergencias y desastres <sup>7</sup>.

Los anteriores razonamientos permiten colegir que la iniciativa pondría en riesgo a la población

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-064 de 7 de febrero de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-832 de 10 de octubre de 2007, M. P. Clara Inés Vargas.

<sup>7</sup> En Colombia, el modelo de formación que ha primado se rige bajo el enfoque pedagógico tradicional donde se enfatiza en transmitir conocimientos y se disocia la teoría con la práctica. Se continúa privilegiando los títulos académicos y no se permite la flexibilidad en la formación para el reconocimiento de competencias, esto es, el cúmulo de “*conocimientos, habilidades, destrezas, actitud y aptitud que son aplicadas al desempeño de una función productiva, a partir de los requerimientos de calidad esperados por el sector productivo*”.



que debe ser atendida en territorios que no son de fácil acceso, o aún en contextos en donde no se concentran profesionales de tales características, generando una barrera de acceso a la salud en contravía de lo previsto en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y así se deriva de lo dispuesto en el artículo 9° del proyecto y, en consecuencia, del artículo 3° *ibíd.*

Lo propio debe afirmarse en torno a la regulación de especialidades. Aceptar estos parámetros, sin duda, va disminuyendo la resolutivez del profesional básico, en este caso el médico, haciendo que su formación se reduzca a la preparación de un profesional cuya única salida para el ejercicio sea la especialización, y que su labor solo se desarrolle en apoyo al especialista; se va a convertir en el auxiliar del especialista y en la mayoría de los casos, en un “remitidor”. Si se amplía la puerta para estas situaciones, nos veremos abocados en un futuro a que los sub o *supra* especialistas sean los únicos, que por ley, puedan realizar intervenciones en salud. En pocas palabras, se produciría un vaciamiento de su competencia, al punto de generarle una total imposibilidad de ejercicio profesional. Casos que se pueden presentar, incluso en áreas subespecializadas, pues el oncólogo no podría realizar implantes, en una de las paradojas que traería tal regulación o, por citar otro ejemplo, el otorrinolaringólogo llegaría a estar impedido para realizar una rinoplastia, circunstancias que dan cuenta de los percances en el que caería una regulación como la propuesta.

Ello plantea, además, un divorcio con la realidad y una segmentación en la atención. En cuanto a lo primero, la exclusividad de funciones a un perfil ocupacional específico hace que el sector educativo despliegue los currículos académicos conforme a la nueva definición legal, con todas las consecuencias que genera esta división en la prestación de los servicios y en el desarrollo profesional, pues va disminuyendo la resolutivez del personal general haciendo que su formación lo convierta cada vez más en un remitidor de pacientes a los especialistas, como ya se indicó, con la consecuencia de la falta de oportunidad de atención para responder a las necesidades de las poblaciones donde no cuenten con especialistas. En punto a la segmentación, la exclusividad impide también la atención integral en salud como se deriva de los principios del sistema, ya que para tal fin se requiere de la complementariedad de las diferentes disciplinas del área de la salud, para lo cual es imprescindible la interdisciplinariedad, mecanismo que impide la fragmentación de la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud.

4. Por otra parte, no se puede pasar por alto, en todo caso que, con el fin de garantizar la adecuada prestación del servicio en el ámbito de la salud, tanto para las profesiones como para las ocupaciones relacionadas con esta, se expidió la Ley 1164 de 2007: “por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud”. Este esfuerzo normativo regula aspectos como los principios generales, los

organismos de apoyo, las características, la formación y el ejercicio de las profesiones y ocupación de la salud, así como su ética y conducta. De esta manera, se considera que ya existen unas normas que inciden en la actividad que ahora se quiere regular, lo cual conduce a plantear su inconveniencia pues, además, esta clase de iniciativas incentivan un régimen propio para cada especialidad (I), subespecialidad (especialidad II) y cualquier otra subdivisión que se establezca en el área de la salud. Adicionalmente, es preciso enfatizar en que las restricciones impuestas en la ley pueden afectar una apropiada prestación del servicio de salud, especialmente la oportunidad y la accesibilidad.

Ahora bien, la Ley 1164 insiste en ello cuando, más que un título, acredita una competencia que permite prestar una asistencia o servicio en salud. Este aspecto es crucial en dicha norma, tal y como se lee a continuación:

Artículo 3°. *De las características inherentes al accionar del Talento Humano en Salud.* Las actividades ejercidas por el Talento Humano en la prestación de los servicios de salud tiene características inherentes a su accionar, así:

1. El desempeño del Talento Humano en Salud es objeto de vigilancia y control por parte del Estado.

2. Las competencias propias de las profesiones y ocupaciones según los títulos o certificados respectivos, obtenidos legalmente deben ser respetadas por los prestadores y aseguradores de servicios de salud, incluyendo la individualidad de los procesos de atención.

El desempeño del Talento Humano en Salud lleva consigo un compromiso y una responsabilidad social, que implica la disposición de servicio hacia los individuos y las colectividades sin importar creencias, raza, filiación política u otra condición humana.

Artículo 17. *De las profesiones y ocupaciones.* Las profesiones del área de la salud están dirigidas a brindar atención integral en salud, la cual requiere la aplicación de las **competencias adquiridas** en los programas de educación superior en salud. A partir de la vigencia de la presente ley se consideran como profesiones del área de la salud además de las ya clasificadas, aquellas que cumplan y demuestren a través de su estructura curricular y laboral, **competencias para brindar atención en salud** en los procesos de promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación y paliación.

Las ocupaciones corresponden a actividades funcionales de apoyo y complementación a la atención en salud con base en competencias laborales específicas relacionadas con los programas de educación no formal. [Énfasis fuera del texto].

Es importante señalar que, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 3°, el SGSSS y todos sus integrantes deben respetar las competencias que surgen de la capacitación del talento humano en salud, que es el tema que se plantea a espacio en este documento y que, para lo que nos concierne, impacta a otros especialistas.

Consecuentemente, el artículo 18 señala:

Artículo 18. *Requisitos para el ejercicio de las profesiones y ocupaciones del área de la salud.* Las profesiones y ocupaciones del área de la salud se entienden reguladas a partir de la presente ley, por tanto, el ejercicio de las mismas requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Acreditar una de las siguientes condiciones académicas:

a) Título otorgado por una institución de educación superior legalmente reconocida, para el personal en salud con formación en educación superior (técnico, tecnólogo, profesional, especialización, magíster, doctorado), en los términos señalados en la Ley 30 de 1992, o la norma que la modifique adicione o sustituya;

b) Certificado otorgado por una institución de educación no formal, legalmente reconocida, para el personal auxiliar en el área de la salud, en los términos establecidos en la Ley 115 de 1994 y sus reglamentarios;

c) Convalidación en el caso de títulos o certificados obtenidos en el extranjero de acuerdo a las normas vigentes. Cuando existan convenios o tratados internacionales sobre reciprocidad de estudios la convalidación se acogerá a lo estipulado en estos.

[...] Parágrafo 2°. Quienes a la vigencia de la presente ley se encuentren ejerciendo competencias propias de especialidades, subespecialidades y ocupaciones del área de la salud sin el título o certificado correspondiente, contarán por una sola vez con un período de tres años para acreditar la norma de competencia académica correspondiente expedida por una institución legalmente reconocida por el Estado. [Énfasis fuera del texto].

En estas condiciones, este Ministerio encuentra inconveniente esta forma de legislar en materia de profesiones de la salud si, además, se cuenta con una norma dúctil y flexible que se adecúa a las necesidades en salud de la población y que no ignora lo más relevante dentro de la prestación del servicio de salud y es, precisamente, la competencia.

Ello está expresado de igual forma en la Ley 1438 de 2011: *por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*, a saber

**Artículo 104.** *Autorregulación Profesional.* Modifícase el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así:

**“Artículo 26.** *Acto propio de los profesionales de la salud.* Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

Los profesionales de la salud tienen la responsabilidad permanente de la autorregulación. Cada

profesión debe tomar a su cargo la tarea de regular concertadamente la conducta y actividades profesionales de sus pares sobre la base de:

1. El ejercicio profesional responsable, ético y competente, para mayor beneficio de los usuarios;

2. La pertinencia clínica y uso racional de tecnologías, dada la necesidad de la racionalización del gasto en salud, en la medida que los recursos son bienes limitados y de beneficio social;

3. En el contexto de la autonomía se buscará prestar los servicios médicos que requieran los usuarios, aplicando la autorregulación, en el marco de las disposiciones legales.

4. No debe permitirse el uso inadecuado de tecnologías médicas que limite o impida el acceso a los servicios a quienes los requieran.

5. Las actividades profesionales y la conducta de los profesionales de la salud debe estar dentro de los límites de los códigos de ética profesional vigentes. Las asociaciones científicas deben alentar a los profesionales a adoptar conductas éticas para mayor beneficio de sus pacientes”.

En efecto, como se consagra en el artículo 3° de la Ley 1164 de 2007, las competencias son propias de cada profesión acorde con los títulos que se obtengan, los cuales acreditan una destreza, que es el tema focal en la aplicación del talento humano a las necesidades de salud de la población. Es así como, en cada profesión existen dos clases de competencias: las específicas y las transversales, aspectos que son de diametral importancia para entender su alcance en cada caso. Aquí, es pertinente traer a colación lo enunciado por un sector de la doctrina:

[...] El autor Rey B. define las competencias, en su libro “Les compétences transversales en question” (1996), como una serie de operaciones, estrategias y decisiones permanentemente que se llevan a cabo en respuesta a una serie aleatoria de situaciones y de pequeños problemas que se ofrecen a una persona realizando una actividad como conducir un auto o leer. Posteriormente, precisa que existen dos modelos o tipos opuestos de competencia: en el primero, la competencia está ligada a la consecución de una acción correspondiente a una clase de situaciones, puede ser descrita como una organización de comportamiento. En este caso es estrechamente específica. **En el otro modelo, es concebida como una capacidad generadora susceptible a combinar una infinidad de conductas adecuadas a un cúmulo de nuevas tareas. El autor caracteriza las competencias como una serie de operaciones permanentemente abierta, introduce una perspectiva interesante y novedosa porque precisa que las competencias son un grupo de estructuras cognitivas flexibles que están abiertas para adaptarse a las nuevas informaciones y contextos [...]**<sup>8</sup> (Énfasis fuera del texto).

De allí que se definan y diferencien las competencias disciplinarias o específicas de las transversa-

<sup>8</sup> Cfr. <http://labspace.open.ac.uk/mod/resource/view.php?id=349567> (Acceso 12 de marzo de 2015).

les, categorización que conforme al texto precedente, se expresan de la siguiente forma:

[...] Para “Les livrets de compétences: nouveaux outils pour l'évaluation des acquis” las competencias transversales tienen la posibilidad de ser transferidas y flexibilizar las destrezas genéricas las convierte en instrumentos muy valiosos para llevar a cabo acciones positivas en situaciones temporales cambiantes donde las competencias puramente relacionadas con las materias duran poco tiempo. Algunas de las destrezas genéricas más destacadas son la comunicación, la resolución de problemas, el razonamiento, el liderazgo, la creatividad, la motivación, el trabajo en equipo y la capacidad de aprender [...]<sup>9</sup>.

Este punto se encuentra estrechamente relacionado con los actuales dilemas en la formación de los profesionales de la salud, tal y como se pasa a indicar:

[...] Para avanzar con las reformas de la tercera generación, la Comisión presenta una visión: todos los profesionales de la salud en todos los países deberán ser entrenados para movilizar el conocimiento y comprometerse al razonamiento crítico y a una conducta ética de modo que se hagan competentes para participar en los sistemas de salud centrados en el paciente y la población como miembros activos de los equipos de salud que proveen una respuesta local y están conectados globalmente. El propósito fundamental es asegurar la cobertura universal de los servicios integrales de alta calidad que son esenciales para mejorar las oportunidades de igualdad en salud entre los países y dentro de ellos [...]<sup>10</sup>.

De esta manera, propuestas legislativas como las que se comentan contienen limitaciones y restricciones que coartan *una formación* y un *ejercicio* profesional en el que se tengan en cuenta las competencias de los profesionales y no, exclusivamente, el número de títulos otorgados en función de una u otra profesión. En realidad, no es el título sino su contenido y las capacidades que confiere lo que resulta relevante.

Este aspecto se encuentra en la ley estatutaria: *por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, revisada por la Corte Constitucional*<sup>11</sup>, Ley 1751 de 2015, en la que se alude a la autonomía profesional en el marco de la autorregulación, la ética y la racionalidad científica (artículo 17).

5. En ese orden y al analizar en concreto la iniciativa legislativa, se advierte:

5.1. En el objeto se alude a la cirugía plástica pero al final del mismo se engloba la norma respecto de “*quienes practican la medicina*”.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> A.A. V.V., Profesionales de la salud para el nuevo siglo: Transformando la educación para fortalecer los sistemas de salud en un mundo interdependiente, Rev. Perú Med. Exp. Salud Pública 2011, 337 - 41, pág. 338.

<sup>11</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-313 de 29 de mayo de 2014, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

5.2. Sin perjuicio de lo que indique el Ministerio de Educación dentro de la órbita de sus competencias, la definición de cirugía plástica, contenida en el inciso 1° del artículo 2° parece no corresponder con las dos vertientes que contempla, a saber, la reparadora-reconstructiva y la estética-cosmética. De hecho, en el diccionario médico se consagra la siguiente definición:

### 1. Plástica, cirugía

(Diccionario términos)

f) especialidad quirúrgica que se ocupa de reparar defectos anatómicos del cuerpo humano ya sea para reconstruir un tejido dañado o bien para mejorar su estética visual<sup>12</sup>.

De otra parte, no goza de total veracidad lo estipulado en el inciso 4° del citado precepto, en lo atinente a catalogar como secuela lo que se produce con el envejecimiento.

Ahora bien, derivado de la uniformización de la belleza y de lo bello bajo ciertos cánones o modas<sup>13</sup>, habitualmente dominados por quienes ostentan el poder mediático, la industria de la belleza y la cultura, se puede afirmar que existe un parámetro estético, formulado generalmente bajo el patrón occidental (blanco, rubio, ojos azules, etc.). Con todo, pese a ser un elemento que se ha ido instalando en el inconsciente como la base para el éxito social, no es dable desconocer la pretensión de modelizar al ser humano a través de un estándar, lo cual se ha traducido en la inconformidad respecto del propio ser (aspectos - proporciones), debido a que se ha forjado una proyección de la mujer y hombre como mercancías.

Evidentemente, este no es un tema propio del SGSSS, tal y como se lee en el artículo 15, literal a) de la Ley 1751 de 2015, estatutaria en salud, sin perjuicio de reconocer que tiene implicaciones en salud, derivado del riesgo que origina esa práctica. De esta manera, hacer referencia a “*corrección de alteraciones*” frente a una norma estética es solo un lenguaje producto de un alto grado de subjetividad, en lo que se ha dado en denominar como una dictadura de la concepción de belleza que impulsa a mujeres y hombres, desde su más tierna edad, a requerir una cirugía de este tipo como si se tratara de una necesidad. Adicionalmente, puede afirmarse que en ciertos escenarios, la cirugía estética se convierte en un prurito, apéndice de lo que denomina Gilles Lipovetsky, la era del vacío<sup>14</sup>. Todo lo anterior, cuestiona la definición de cirugía estética a la que alude el proyecto que está en pos de un patrón

<sup>12</sup> En: <http://www.diccionariomedico.net/buscar?searchword=cirugia%20plastica&searchphrase=all> [Acceso 12 de marzo de 2015].

<sup>13</sup> Se puede consultar el libro *Historia de la Belleza* de Umberto Eco, Editorial Lumen, 2004, en el cual se concluye que “*no hay belleza más auténtica que la sabiduría que encontramos y apreciamos en ciertas personas. Prescindiendo de su rostro, que puede ser poco agraciado, y haciendo caso omiso de la apariencia, buscamos su belleza interior*”.

<sup>14</sup> *La era del vacío*, Editorial Anagrama, Barcelona 1986.

cultural y en el que no puede perderse de vista el modelo de blanqueamiento estilo Michael Jackson. Se trata de la denominada Plástica extrema: auge de la cultura de la cirugía estética<sup>15</sup>.

5.3. Un punto relevante, en una sociedad de consumo que promueve la cirugía estética como un elemento sustancial, tiene que ver con el consentimiento informado. En realidad, ciertos profesionales de la salud incitan dicha práctica frente a pacientes con un problema de autoestima, nicho privilegiado para lograr su objetivo e incorporar a la persona en una secuencia de cirugías y anexidades que, como el consumo, se vuelven infinitas pues el canon no se mantiene o difícilmente perdura en el tiempo. Sería importante, en consecuencia, enfatizar en que el consentimiento informado, prima facie, no instigue a dicha práctica e inculque en el cerebro de la persona el deseo de la cirugía, vale decir, la llegada de un paradigma fáustico que implica la trasgresión de cualquier límite<sup>16</sup>.

5.4. Cabe manifestar que los comentarios precedentes no pueden ser catalogados como un desinterés del Ministerio acerca de las situaciones que se han generado por vía de una mala práctica en procedimientos estéticos y, en general, los desastres de estas cirugías en donde se compromete no solo la integridad física sino la vida<sup>17</sup>, tema que tuvo algún revuelo en los años 2010-2012 con los famosos implantes PIP<sup>18</sup>.

Por el contrario, su objetivo es poner de presente una problemática cultural para evitar la banalización de esta clase de procedimientos pues, precisamente, es una de las fuentes de mayor exposición al riesgo e incide en su práctica clandestina, sin detrimento del debate acerca de las competencias y capacidades de los profesionales de la salud.

En conclusión, la norma propuesta continúa la fisura dentro del esquema previsto en la Ley 1164 de 2007 y puede afectar el acceso a los servicios de salud de la población así como el ejercicio de otras profesiones, en la medida que exige un determinado título para la prestación de un servicio de salud sin tener en cuenta la competencia del profesional para llevar a cabo una asistencia en salud. Ello conduce a que el proyecto de ley no sea solo **inconveniente** sino, además, contrario a postulados consagrados en la Carta Política en cuanto afecta el acceso a los servicios de salud, por tanto, deviene **inconstitucional**.

<sup>15</sup> En Anagramas, Volumen 9, N° 18, pp. 145-164. ISSN 1692-2522. Enero-junio de 2011. 210 pág. Medellín, Colombia.

<sup>16</sup> Marcelo Córdoba. "La cirugía estética como práctica sociocultural distintiva: un lacerante encuentro entre la corporeidad e imaginario social". Revista Latinoamericana de Estudios sobre Cuerpo. Emociones y sociedad, número 2 año 2, abril 2010.

<sup>17</sup> Cfr: <http://sipse.com/novedades/alertan-por-malas-practicas-en-cirurgias-esteticas-137543.html> [Acceso 16 de marzo de 2015].

<sup>18</sup> Cfr: <http://www.lineasalud.com/belleza-95355/217-los-implantes-mamarios-pip-icual-ha-sido-el-problema.html> [Acceso 16 de marzo de 2015].

En estos términos se deja consignada la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia.

Atentamente,



ALEJANDRO GAVIRIA URIBE  
Ministro de Salud y Protección Social

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL  
PERMANENTE  
DEL HONORABLE SENADO DE LA  
REPÚBLICA

Bogotá D. C., a los quince (15) días del mes de abril año dos mil quince (2015)- En la presente fecha se autoriza La publicación en Gaceta del Congreso. Concepto del Ministro de Salud y Protección Social señor, Alejandro Gaviria Uribe, "en diecisiete (17) folios, al Proyecto de Ley 092 de 2014 Senado, por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la cirugía plástica, estética y reconstructiva en Colombia, y se dictan otras disposiciones.

Autores: honorables Senadores Jorge Iván Ospina Gómez y Óscar Mauricio Lizcano Arango El presente Concepto se publica en la Gaceta del Congreso, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA  
SECRETARIO GENERAL  
Comisión Séptima del H. Senado de la República

**CONTENIDO**

Gaceta número 206 - Jueves, 16 de abril de 2015	
SENADO DE LA REPÚBLICA	
PONENCIAS	
	Págs.
Ponencia para primer debate al Proyecto de ley, número 91 de 2014 Senado, por medio de la cual se modifica el parágrafo del artículo 4° de la Ley 680 de 2001, que modificó el artículo 33 de la Ley 182 de 1995.....	1
Ponencia para primer debate al Proyecto de ley números 133 de 2014 Senado, 109 de 2014 Cámara, por medio de la cual se reforma la estructura y el funcionamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.....	2
CONCEPTOS JURÍDICOS	
Concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto de ley número 92 de 2014 Senado, por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la cirugía plástica, estética y reconstructiva en Colombia, y se dictan otras disposiciones. ....	13