



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - Nº 59

Bogotá, D. C., miércoles, 8 de febrero de 2017

EDICIÓN DE 32 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

### CONCEPTOS JURÍDICOS

#### CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO A PONENCIA EN PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 101 DE 2016 SENADO

*por la cual se brindan condiciones para mejorar la calidad de vida del adulto mayor en Colombia.*

1.1.

Bogotá, D. C.

Honorable Senador

ÓSCAR MAURICIO LIZCANO ARANGO

Senado

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68 Edificio Nuevo del Congreso

Bogotá, D. C.

**Asunto: Consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al texto aprobado en ponencia en primer debate al Proyecto de ley número 101 de 2016 Senado, por la cual se brindan condiciones para mejorar la calidad de vida del adulto mayor en Colombia.**

Respetado Presidente:

De manera atenta, me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al texto aprobado en primer debate del proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

El proyecto de ley referenciado en el asunto de iniciativa parlamentaria tiene por objeto que “...el valor de los auxilios o subsidios en dinero dirigidos y otorgados en beneficio del adulto mayor de que tratan los servicios sociales complementarios del Siste-

*ma de Seguridad Social o del Sistema de Protección Social en Colombia en vigencia de la presente ley, o que llegaren a crearse, deben estar por encima del indicador de la línea de pobreza...”. Para el efecto, el artículo 2º establece que la aplicación de esta norma será progresiva y gradual durante las siguientes cuatro vigencias fiscales.*

Al respecto, se debe precisar que el Gobierno nacional ha diseñado diversos mecanismos de protección ante la contingencia de la vejez para personas que no alcanzan a reunir los requisitos para una pensión, dentro de los cuales se pueden destacar los siguientes: (i) Beneficios Económicos Periódicos (BEPs), los cuales pertenecen al Servicio Social Complementario definido a partir de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005<sup>3</sup>, la Ley 1328 de 2009<sup>4</sup>, los lineamientos del Conpes Social 156 de 2012<sup>5</sup> y el Decreto 604 de 2013<sup>6</sup>; (ii) Pensión familiar establecida por la Ley 1580 del 2012<sup>7</sup>; (iii) Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de conformidad con lo consagrado en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993<sup>8</sup>; (iv) Fondo de Solidaridad Pensional, creado mediante el artículo 25 de la Ley 100 de 1993, cuya reglamentación se encuentra en el Decreto 3771 de 2007<sup>9</sup>, modificado por el Decreto 455 del

3 Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.

4 Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

5 Diseño e implementación de los Beneficios Económicos Periódicos (BEPs).

6 Por el cual se reglamenta el acceso y operación del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos.

7 Por la cual se crea la pensión familiar.

8 Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

9 Por el cual se reglamenta la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional.

2014<sup>10</sup>, el cual se compone de dos subcuentas que se manejan de manera separada y que representan dos modalidades de protección diferentes, a saber: (a) Subcuenta de Solidaridad: Destinada al subsidio del aporte al sistema de seguridad social, y (b) Subcuenta de Subsistencia: Destinada a la protección del adulto mayor en condiciones de indigencia o pobreza extrema (Programa Colombia Mayor).

Según lo manifestado en la exposición de motivos, la iniciativa busca, entre otras cosas, "... Nivelar o actualizar en dinero a los beneficiarios del Programa de Atención Integral al Adulto Mayor (hoy Colombia Mayor) y demás apoyos asistenciales, derivados o equivalentes guarden el parámetro objetivo del indicador, línea o umbral de pobreza..."<sup>11</sup>.

Al respecto, se debe tener en cuenta que mediante el programa Colombia Mayor se protege a las personas adultas mayores en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante dos tipos de subsidio: (i) subsidio económico directo que se otorga en dinero, el cual se gira directamente a los beneficiarios, y (ii) subsidio económico indirecto que se otorga en servicios sociales básicos<sup>12</sup>, el cual se entrega a través de los centros de bienestar del adulto mayor o centros.

Los requisitos para acceder a estos subsidios son: (i) ser colombiano, (ii) tener como mínimo tres años menos de la edad que rija para adquirir el derecho a la pensión de vejez de los afiliados al Sistema General de Pensiones, (iii) haber residido en el territorio nacional los últimos (10) años, (iv) estar clasificado en los niveles 1 o 2 del Sisbén y carecer de rentas o ingresos suficientes para subsistir. Adicionalmente, el programa está focalizado en personas que (a) vivan solas y su ingreso mensual no supere la mitad del salario mínimo legal mensual vigente; (b) vivan en la calle y de la caridad pública; (c) vivan con la familia y el ingreso familiar sea inferior o igual al salario mínimo legal mensual vigente; (d) residan en un centro de bienestar del adulto mayor; o (e) asistan como usuario a un centro diurno.

Ahora bien, con el fin de estimar el costo de la iniciativa, es necesario tener presente que para el año 2015 la línea de pobreza, según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), estaba en \$223.638 por persona y la línea de pobreza extrema en \$102.109. De otra parte, el promedio mensual actual de auxilio entregado en el programa de protección al adulto mayor es de \$63.450 con una población beneficiaria de 1.386.982 personas, por lo que la aplicación del artículo 1º del presente proyecto de ley implicaría ampliar el subsidio existente de Colombia Mayor de \$63.450 a \$223.638, esto es, para aquellas personas que ya pertenecen a este programa, sin tener en cuenta el incremento que representaría el otorgamiento del subsidio completo a las nuevas personas que cumplan con las características socioeconómicas

como, por ejemplo, no tener pensión y no pertenecer a Colombia Mayor.

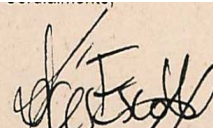
Al respecto, el costo fiscal que la iniciativa hubiera tenido para el año 2015 sería de \$2,79 billones adicionales para la ampliación del subsidio ya existente; sumado a esto, un posible otorgamiento de este subsidio a otros 100.000 adultos mayores, que cumplan con los requisitos establecidos, ascendería a \$268.000 millones, para un total de \$3 billones adicionales, lo cual sobrepasa ampliamente las estimaciones de mediano plazo respectivas y podría repercutir en contra de la financiación de otras iniciativas de carácter social.

Lo dispuesto en el artículo 2º de la iniciativa amplía el plazo para su entrada en vigencia, de suerte que no se haría a partir de la siguiente vigencia fiscal de su aprobación, sino de forma progresiva y gradual durante las siguientes cuatro vigencias fiscales; sin embargo, la gradualidad de su entrada en vigencia no cambiaría el alto costo de su implementación que incrementa en más de tres veces el presupuesto actual del programa, cuya ejecución presupuestal de gastos proyectada para 2016 es de \$1.1 billones de pesos.

Finalmente, la iniciativa no indica la fuente de recursos o sustituiría que financiará el gasto adicional que se genera por cuenta de la propuesta, lo que contraviene el deber de previsión de financiación de todo proyecto que presente el legislador, según el artículo 7º de la Ley 819 de 2003<sup>13</sup>.

Por las razones antes expuestas, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable al proyecto de ley en estudio, y, en consecuencia, de manera respetuosa, solicita considerar la posibilidad de su archivo, no sin antes manifestarle muy atentamente la voluntad de colaborar con la actividad legislativa.

Cordialmente,

  
**ANDRÉS ESCOBAR ARANGO**  
 Viceministro Técnico  
 Ministerio de Hacienda y Crédito Público  
 DGPPN/CONGRESO  
 LDPR/GAC  
 UJ 2993/16

C.C.: H.S. Nadia Georgette Blel Scaff – Ponente  
 H.S. Honorio Miguel Henríquez Pinedo – Ponente  
 H.S. Jorge Iván Ospina Gómez – Ponente  
 H.S. Álvaro Uribe Vélez – Ponente  
 H.S. Fernando Nicolás Araujo Rumié – Autor  
 H.S. María del Rosario Guerra de la Espriella – Autor  
 H.S. Ernesto Macías Tovar – Autor  
 H.S. Carlos Felipe Mejía Mejía – Autor

Dr. Gregorio Eljach Pacheco – Secretario General de Senado.

10 Por el cual se modifica parcialmente el Decreto número 3771 de 2007.

11 *Gaceta del Congreso* número 608 de 2016.

12 Los servicios sociales básicos comprenden alimentación, alojamiento y medicamentos.

13 Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

**CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 59 DE 2016 SENADO**

*por la cual se toman medidas a fin de garantizar la efectiva prestación del servicio de salud oncopediátrica a los menores de 18 años.*

1.1.

Bogotá, D. C.

Honorable Congresista

ÓSCAR MAURICIO LIZCANO ARANGO

Senado

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68 Edificio Nuevo del Congreso

Bogotá, D. C.

**Asunto: Consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de ley número 59 de 2016 Senado, por la cual se toman medidas a fin de garantizar la efectiva prestación del servicio de salud oncopediátrica a los menores de 18 años.**

Respetado Presidente:

De manera atenta, me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al informe de ponencia para segundo debate del proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

El proyecto de ley de iniciativa parlamentaria tiene por objeto establecer medidas encaminadas a "...garantizar el acceso a los servicios asistenciales de salud oncopediátrica a los menores de edad con diagnóstico de cáncer o presunción de este...".

En desarrollo del mismo, propone (i) el retiro de la licencia de funcionamiento o habilitación a las Administradoras de Planes de Beneficios o Instituciones Prestadoras de Salud por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, cuando se registren por lo menos un año de índices bajos en accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad de estos servicios y (ii) prelación en el giro directo para el prestador que garantice oportunidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Al respecto, es preciso indicar que en principio la iniciativa no tendría repercusiones de orden presupuestal, dado que su objeto está encaminado a medidas de carácter administrativo sin modificar el contenido del Plan Obligatorio de Salud (POS) con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPO) del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

El artículo 3° de la iniciativa establece "...El prestador de servicios de salud que garantice la oportunidad, accesibilidad, aceptabilidad y cali-

*dad a pacientes menores de edad que requieran servicios asistenciales oncopediátricos y posea índices satisfactorios de goce efectivo tendrá derecho de prelación en el pago de su facturación previa auditoría por medio de la plataforma o metodología de giro directo..."*

Al respecto, se debe precisar que este tipo de incentivos resulta inconveniente, toda vez que el pago oportuno a los prestadores de salud, previa realización de las auditorías correspondientes, debe ser una circunstancia de carácter general dentro del Sistema y no un diferencial que permita evidenciar retrasos o falencias en los pagos.

De otra parte, este mismo artículo establece la obligación para la administradora de planes de beneficios de "...reportar y enviar la información periódica al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que este viabilice el giro directo en el mes que corresponda al reporte..."

Sobre este asunto, se debe precisar que mediante el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015<sup>3</sup>, se creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con el objeto de "...administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); los cuales confluirán en la Entidad..."

Dicha entidad tiene dentro de sus funciones realizar pagos, efectuar giros directos, adelantar transferencias a los agentes del Sistema, de conformidad con lo dispuesto en el literal d) del referido artículo 66, razón por la cual, la competencia que el artículo 3° de la iniciativa pretende asignar a esta Cartera, corresponde a la ADRES, entidad técnica creada con la finalidad de garantizar un adecuado flujo de los recursos con el cumplimiento de los controles respectivos.

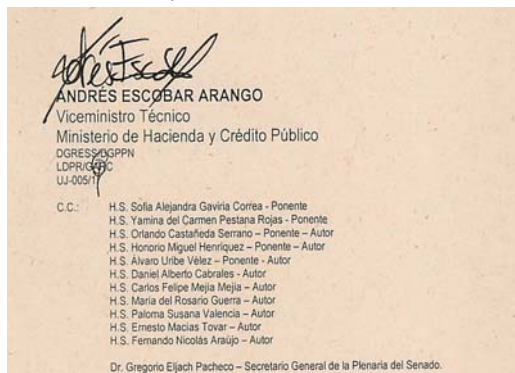
Lo anterior deberá precisarse en el texto de la iniciativa, dado que la labor legislativa no puede ser ajena ni reticente al modelo de seguridad social, debe preservar la coherencia del sistema y fundar respeto por las instituciones que han sido creadas precisamente para hacer efectiva la prestación del servicio de la seguridad social, máxime al tener en cuenta que la referida Ley 1753 de 2015 tiene prevalencia sobre las demás leyes de conformidad con lo establecido en el artículo 341 de la Constitución Política<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".

<sup>4</sup> ARTÍCULO 341. El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades

Por las razones antes expuestas, este Ministerio solicita se tengan en cuenta las anteriores consideraciones durante el trámite legislativo, no sin antes manifestarle muy atentamente la voluntad de colaborar con la actividad legislativa.

Cordialmente,



**CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO –CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 112 DE 2016 SENADO Y A LOS PROYECTOS DE LEY NÚMEROS 87 DE 2016 SENADO Y 041 DE 2016 CÁMARA**

**Estudio al Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado y a los Proyectos de ley números 087 de 2016 Senado y 041 de 2016 Cámara, que buscan regular temas comunes alrededor de la creación de un registro de condenados por la comisión de delitos sexuales.**

de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del periodo presidencial respectivo.

Con fundamento en el informe que elaboren las comisiones conjuntas de asuntos económicos, cada corporación discutirá y evaluará el plan en sesión plenaria. Los desacuerdos con el contenido de la parte general, si los hubiere, no serán obstáculo para que el gobierno ejecute las políticas propuestas en lo que sea de su competencia. No obstante, cuando el gobierno decida modificar la parte general del plan deberá seguir el procedimiento indicado en el artículo siguiente.

El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley.

El Congreso podrá modificar el Plan de Inversiones Públicas siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero. Cualquier incremento en las autorizaciones de endeudamiento solicitadas en el proyecto gubernamental o inclusión de proyectos de inversión no contemplados en él, requerirá el visto bueno del Gobierno nacional.

<b>Proyectos</b>	Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado
	Proyecto de ley número 087 de 2016 Senado
	Proyecto de ley número 041 de 2016 Cámara
<b>Títulos</b>	Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado <i>por medio del cual se crea el registro de ofensores sexuales.</i>
	Proyecto de ley número 087 de 2016 Senado <i>por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones.</i>
	Proyecto de ley número 041 de 2016 Cámara <i>por el cual se tutela el derecho al libre desarrollo sexual de las niñas y niños menores de catorce años.</i>
<b>Autores</b>	Rosmary Martínez Rosales (112 de 2016 Senado)
	Nadia Blel Scaff (087 de 2016 Senado)
	Eloy Chichi Quintero Romero (041 de 2016 Cámara)
<b>Fecha de Presentación</b>	Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado, 17 de agosto de 2016
	Proyecto de ley número 087 de 2016 Senado: 9 de agosto de 2016
	Proyecto de ley número 041 de 2016 Cámara: 2 de agosto de 2016
<b>Referencia</b>	Concepto 16.22

El Comité Técnico estudió en sus sesiones ordinarias de los días 1º y 8 de septiembre de 2016 los textos de los Proyectos de ley número 087 de 2016 Senado (*Gaceta del Congreso* número 606 del 10 de agosto de 2016); 041 de 2016 Cámara (*Gaceta del Congreso* número 597 del 9 de agosto de 2016) y el Proyecto de Ley Estatutaria 112 de 2016 Senado (*Gaceta del Congreso* número 646 del 19 de agosto de 2016), todos relacionados con la creación de un registro de condenados por delitos sexuales cometidos contra menores de edad, razón por la cual se decidió elaborar un único concepto para las tres propuestas legislativas.

**I. Objeto de los proyectos**

El conjunto de proyectos de ley estudiados por el Consejo Superior de Política Criminal, tiene como objeto central la creación de un registro nacional de personas que sean condenadas por la comisión de delitos sexuales, derivando de esto diversas respuestas tanto de carácter punitivo como administrativo, y con la finalidad de buscar una mayor protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Los objetos específicamente presentados fueron los siguientes:

Proyecto	Objeto
<b>Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado</b>	Crear el Registro Nacional de Ofensores Sexuales, así como regular su organización y funcionamiento
<b>Proyecto de ley número 087 de 2016 Senado</b>	Establecer el régimen y registro de Inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores
<b>Proyecto de ley número 041 de 2016 Cámara</b>	Protección del menor de catorce años en su desarrollo sexual mediante la creación de un banco de pedófilos

La estructura interna de cada proyecto de ley es la siguiente:

**a) Proyecto de ley número 041 de 2016 Cámara**

Este proyecto de ley está compuesto por seis (6) artículos, incluido el relativo a la vigencia y derogatoria, algunas definiciones normativas y la creación y puesta en funcionamiento de un “Banco de pedófilos”.

El “banco de pedófilos” contendría información relativa a personas condenadas por delitos sexuales como la pornografía, actos sexuales, acceso carnal violento o abusivo, u otros actos libidinosos sobre menores de 14 años. La propuesta dispone incluir información personal del condenado sometida a reserva, pese a lo cual dispone, como también se hace en el Proyecto de ley número 087 de 2016 Senado, la obligación de las entidades públicas y privadas que tengan relación funcional con menores de edad, de consultar esta base de datos para evitar la contratación de quienes figuren en el registro.

**b) Proyecto de ley número 087 de 2016 Senado**

Este proyecto de ley está compuesto por cuatro (4) artículos, incluido el relativo a la vigencia, la creación de una inhabilidad expresa y su manejo mediante un registro. Pretende establecer una inhabilidad general para ejercer todo tipo de trabajos y labores que impliquen una relación directa y habitual con menores de edad, como efecto posterior a la imposición de condena por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Dicha inhabilidad deberá ser inscrita en un registro nacional manejado por el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, que implicaría el deber de verificación de estos datos por parte de las entidades públicas y privadas que funcionalmente impliquen el manejo de menores de edad, para determinar los procesos de selección de personal y vinculación laboral o de servicios.

**c) Proyecto de Ley Estatutaria número 112 de 2016 Senado**

Este proyecto de ley estatutaria consta de cinco (5) títulos que contienen treinta (30) artículos. Busca desarrollar un sistema de registro de ofensores sexuales, estableciendo algunos principios y reglas básicas de funcionamiento; un ámbito de aplicación; destinatarios; formas de realización; instituciones y dependencias competentes, y consecuencias de su operación.

**II. Análisis político-criminal de los proyectos****1. La naturaleza de la ley que regula un registro de personas condenadas por delitos sexuales**

Comoquiera que se presenta al examen del Consejo Superior de Política Criminal dos proyectos de ley ordinaria y uno de ley estatutaria para regular el registro de personas condenadas por delitos sexuales, el primer punto que debe abordarse es el de naturaleza de la ley que permitiría una regulación de esta naturaleza.

Para estos efectos, se puede recordar la Sentencia C-818/11 de la Corte Constitucional, según la cual:

La Constitución Política de 1991 consagró en los artículos 152 y 153 un procedimiento legislativo

cualificado en aquellas materias que el Constituyente consideró como de mayor trascendencia dentro del Estado Social de Derecho. En efecto, en dichas disposiciones no solo se señaló el contenido material de los asuntos que deben ser reglamentados mediante ley estatutaria, sino también se ordenó el establecimiento de un trámite de formación de las mismas más riguroso en cuanto a la aprobación por mayorías especiales y a la revisión constitucional previa a la sanción, oficiosa y definitiva. Esta tendencia de establecer procedimientos especiales para la regulación de ciertas materias, también puede encontrarse en los artículos 19.2 de la Constitución Alemana y 53, numeral 1, de la Constitución Española, según los cuales corresponde al legislador cualificado (mediante leyes orgánicas) el desarrollo de materias estructurales para la organización y funcionamiento del Estado y de la sociedad. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la introducción de las leyes estatutarias en el derecho colombiano tiene como fundamento: “i) la naturaleza superior de este tipo de normas requiere superior grado de permanencia en el ordenamiento y seguridad jurídica para su aplicación; ii) por la importancia que para el Estado tienen los temas regulados mediante leyes estatutarias, es necesario garantizar mayor consenso ideológico con la intervención de minorías, de tal manera que las reformas legales más importantes sean ajenas a las mayorías ocasionales y, iii) es necesario que los temas claves para la democracia tengan mayor debate y consciencia de su aprobación, por lo que deben corresponder a una mayor participación política.” El artículo 152 de la Constitución prevé que deberán tramitarse a través de las leyes estatutarias: (i) los derechos y deberes fundamentales, y los procedimientos y recursos para su protección; (ii) la administración de justicia; (iii) la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; (iv) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (v) los estados de excepción; y (vi) la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República.

De acuerdo con lo anterior, es posible concluir que en el caso bajo estudio es preciso regular el registro a través de una ley estatutaria, pues dado el hecho de que se trata de una medida que implica la afectación de varios derechos fundamentales y que impone serias restricciones a una determinada parte de la población colombiana, es necesario garantizar un mayor grado de consenso sobre la medida y un mayor grado de discusión en el Congreso de la República, a más de que con el registro se afectan derechos fundamentales como la dignidad humana, el derecho al trabajo, el derecho a la información y el derecho al olvido.

En efecto, un registro en el que se pretende incorporar la plena identificación y las condiciones biométricas de una persona, que implica la incorporación de una herramienta destinada al reconocimiento único de seres humanos basado “en uno o más rasgos conductuales o rasgos físicos intrínsecos”, que afecta además a personas condenadas por delitos sexuales, y está destinado a consignar las inhabilidades y restricciones a derechos fundamentales, puede afectar ampliamente no solo las expectativas de vida en so-

ciudad para esta clase de personas, sino su entorno familiar y las condiciones del desarrollo personal posterior a la condena y al cumplimiento de la pena, por lo que se debe exigir una regulación estable, debidamente discutida y mediante una ley con rango superior a la ordinaria, para que pueda irrigar, sin sacrificar los derechos constitucionales, otras normas jurídicas.

## 2. El avance hacia medidas no punitivas

Independientemente de las observaciones que pueden hacerse a los proyectos de ley que se estudian, el Consejo Superior de Política Criminal advierte y destaca que con ellos se pretende un avance hacia la superación de las medidas estrictamente punitivas para afrontar un fenómeno social que demanda no solamente la reacción penal -como se impone a través de las sentencias condenatorias- sino instrumentos que puedan hacer viable algún grado de prevención del delito como en este caso, del tipo de la prevención especial. Se valora positivamente, por lo tanto, que hay un paso en la discusión que supera los llamados públicos de condenas como la pena de muerte o la prisión perpetua, y aun cuando el registro se configura a partir de una sentencia condenatoria, se abre el debate sobre sanciones y medidas alternativas en relación con los delitos sexuales.

Sin embargo, es preciso anotar que existen muchas otras medidas de prevención general del delito y se deberían considerar al momento mismo de la discusión de estos proyectos en el Congreso de la República, a fin de dotar al Estado de precisas herramientas que actuar antes de la realización del hecho punible, con el fin de evitar que, ante una inadecuada implementación del registro, o su fracaso como medida efectiva para la prevención de los delitos sexuales, se acuda nuevamente al llamado a penas más severas que desaten una nueva escalada de alzas en los límites punitivos, ya de por sí muy elevados en la legislación colombiana.

## 3. La adecuación del registro a normas internacionales

Se puede afirmar que, en términos generales, el registro de personas condenadas por delitos sexuales halla fundamento en las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 19 prevé que los Estados han de adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”.

En materia de derecho blando, *soft law*, el registro se adapta a las “Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ambito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal”, que recomienda a los Estados aplicar programas de prevención del abuso infantil en todas sus formas, no solo a través de la creación de conciencia sobre la “forma de prevenir la violencia contra los niños y responder a ella entre las personas que tienen contacto habitual con niños en los sectores de la justicia, la protección de la infancia, el bienestar social, la salud y la educación y

en ámbitos relacionados con el deporte, la cultura y las actividades de ocio”; sino también mediante la promoción de la investigación y la reunión, análisis y difusión de datos.

En este sentido, se recuerdan las Estrategias 18 y 23:

18. Se insta a los Estados Miembros, a los institutos de la red del programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, a las entidades competentes del sistema de las Naciones Unidas y a otras organizaciones internacionales, institutos de investigación, organizaciones no gubernamentales y asociaciones profesionales pertinentes a que, según proceda:

a) Establezcan y fortalezcan mecanismos de reunión sistemática y coordinada de datos sobre la violencia contra niños, incluida la violencia contra niños que hayan entrado en contacto con el sistema de justicia;

b) Vigilen los casos de violencia contra niños que se denuncien a la policía y otros organismos de la justicia penal y publiquen informes periódicos sobre ellos, en que se señale el número de casos y los porcentajes de detenciones y personas puestas en libertad y se suministre información sobre el enjuiciamiento y la sentencia recibida por los presuntos agresores, así como sobre la prevalencia de la violencia contra niños, y para ello utilicen los datos obtenidos mediante encuestas de población.

...

23.

b) Estrechen los vínculos operacionales, especialmente en situaciones de emergencia, entre los servicios sociales y de salud, tanto públicos como privados, y los organismos de justicia penal, a fin de denunciar y registrar los actos de violencia contra niños y responder correctamente a esos actos, protegiendo al mismo tiempo la intimidad de los niños víctimas de violencia;

(d) Establezcan sistemas de información y protocolos interinstitucionales, de conformidad con la legislación nacional sobre protección de datos, para facilitar el intercambio de información y posibilitar la cooperación a efectos de detectar actos de violencia contra niños, responder a ellos, proteger a los niños víctimas de violencia y hacer rendir cuentas a los agresores.

## 4. La inconveniencia de los proyectos de ley

No obstante que existen aspectos favorables a la iniciativa de crear el registro de personas condenadas por delitos sexuales, el Consejo Superior de Política Criminal se pronuncia adversamente a las propuestas radicadas, en razón de que contienen normas que ponen el peligro derechos fundamentales de los ciudadanos, o imponen a los particulares cargas desproporcionadas que no deben asumir.

Para este aparte del concepto, el Consejo toma como referente el contenido del Proyecto de ley 112 de 2016 Senado “por medio de la cual se crea el Registro Nacional de Ofensores Sexuales”, en el texto radicado ante el Senado de la República, no solo por tratarse de un proyecto de ley estatutaria, sino

porque contiene la más amplia regulación sobre la materia, en comparación con los otros dos proyectos de leyes ordinarias.

4.1. *La amplitud del registro.* De conformidad con lo previsto en el artículo 1º, el objeto de la ley es crear el registro nacional de ofensores sexuales, entendiendo por estos a las personas que resultaren condenadas por cualquiera de las conductas descritas en el Libro Segundo Título IV del Código Penal. Tal como está previsto, entonces, el registro no pretende solamente la adopción de una medida preventiva acorde con los instrumentos internacionales para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sino que extiende su regulación a los delitos de tipo sexual cometidos en contra de cualquier persona -inclusive los mayores de edad- y abarca todas las conductas del título, dentro de las cuales se encuentra, por ejemplo, el delito de omisión de denuncia del artículo 219B, que no necesariamente implica la comisión dolosa de un delito de carácter sexual en contra de los menores de edad.

4.2. *La reserva del registro.* En el artículo 3º.F se define lo que es registro nacional de ofensores sexuales y allí se especifica que el mencionado sistema de información está sujeto a reserva. Al parecer esta condición -reserva- eliminaría cualquier objeción frente a la posible violación de los derechos reconocidos en el artículo 15 constitucional. Sin embargo, como no se especifica el alcance de la reserva y más adelante existen normas según las cuales algunos datos podrían ser de conocimiento público, el Consejo Superior de Política Criminal considera que la disposición es inconveniente al no definir el nivel de reserva ni establecer protocolos especiales para la protección de información sensible de algunos habitantes del territorio nacional. Si bien el artículo 4.1 parecería solucionar el problema al establecer que “en ningún caso podrá hacerse público el contenido del Registro Nacional de Ofensores Sexuales ni su certificado de antecedentes”, lo cierto es que esa reserva “absoluta” que aquí se establece es apenas relativa, en función del destino que la ley contempla para los certificados correspondientes y a posibilidad de que cualquier persona autorizada por la ley podrá solicitar o exigir el certificado de antecedentes según la información que reposa en el registro.

4.3. *El conocimiento de los datos del registro.* El artículo 9º dispone que podrán solicitar información contenida en el registro solamente los jueces de cualquier orden jurisdiccional para los asuntos de su competencia; los órganos de policía judicial si fuere necesario para el cumplimiento de sus funciones, y la persona registrada, respecto de su propia información. Esta regulación, en criterio del Consejo de Política Criminal, parece conveniente en función de la protección que se debe dar a los datos sobre condiciones personales y de la intimidad de las personas y parece señalar un criterio sobre el nivel de la reserva de la información.

No obstante, en el artículo 15 se dice que, sin excepción, están obligados a exigir el certificado los Jardines Infantiles; las Instituciones de Educación Básica y Media; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; los centros de pediatría, y las demás entidades públicas y privadas cuyo objeto esté re-

lacionado con la interacción con menores de edad, con lo cual el nivel de reserva se degrada porque el documento puede llegar a todos estos centros -que son muchos- y no tiene control sobre la reserva de su contenido, al punto que no se consagra obligación alguna para evitar su divulgación.

4.4. Los proyectos de ley que se analizan, en general, y en particular el Proyecto 112 de 2016 Senado, no contiene en realidad medidas de prevención de las conductas punibles que afectan los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se supone que el registro es una condición suficiente para evitar este tipo de delitos -aun cuando su efectividad no se ha medido ni está demostrada- y quizás por esta razón no se prevén otras medidas que puedan resultar efectivas para la evitación de las conductas. A este propósito, el Consejo recomienda examinar el contenido de las “Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal”, que contiene una amplia gama de instrumentos tendientes a prevenir todo tipo de violencia en contra de los menores de edad.

En materia de prevención del delito se tiene que considerar que, de acuerdo con las cifras que se citan en la exposición de motivos, los delitos cometidos por profesores y personas encargadas del cuidado de niños, niñas y adolescentes son más apenas el 1,55% del universo, y los delitos realizados por desconocidos solo alcanza una representación del 8,14%, al paso que el 40,50% corresponde a casos perpetrados por los familiares y el 35,24% se imputa a amigos y conocidos del menor de edad. De acuerdo con esta epidemiología, parece poco representativo, como medida preventiva, la exigencia del registro de agresores sexuales y se evidencia que la prevención debe dirigirse principalmente hacia el cuidado de los niños, niñas y adolescentes en el entorno familiar o íntimo de sus relaciones. No quiere decir esto que la medida propuesta no vaya a rendir ningún fruto, sino que se pone de presente el bajo impacto que podría tener en materia de evitación del delito y la necesidad de revisar la estrategia para reducir efectivamente las conductas que se pretenden eliminar.

4.5. Para el Consejo, resultan más efectivas medidas que apunten a prestar tratamiento psicológico personalizado como las implementadas en Alemania en el marco del Proyecto *Dunkelfeld*, que ofrece la posibilidad de un tratamiento libre y confidencial para quienes buscan ayuda terapéutica con su preferencia sexual hacia niños o adolescentes, y reciben apoyo directo e indirecto para evitar la ofensa sexual y, particularmente, se relacionan con el control que el individuo debe desarrollar en materia de consumo de pornografía en internet, estrategia que también se ha adoptado en otras partes, siendo ejemplos de ella la denominada “Fuera de la Red” que es un programa de intervención cognitivo-conductual español; el “*Internet Sex Offender Treatment Program*” de Gran Bretaña, y el “*Berlin Dissexuality Therapy*” desarrollado dentro del Proyecto de Prevención *Dunkelfeld*.

Este tipo de iniciativas y programas deben explorarse en el ámbito nacional con el fin de buscar mejores resultados. El registro -que además puede implementarse coetáneamente- puede aportar algu-

nos resultados en materia de prevención del delito, pero dada su predecible escasa incidencia de acuerdo con la epidemiología atrás descrita, puede aplazarse para orientar sus recursos hacia la implementación de medidas más efectivas.

Como último argumento en este punto, puede esgrimirse la poca efectividad que en la prevención de los delitos en general tiene actualmente el certificado de antecedentes penales que no ha demostrado efectividad en la prevención de la delincuencia y cuyos efectos no se han demostrado. La medida es similar: se inscribe la condena en un registro público y el antecedente impide -de hecho- a quien lo tiene, acceder a los puestos de trabajo o limita, en alguna medida, su movilidad social. Sin embargo, no existe estudio alguno que permita determinar que ese sistema incide en la evitación de las conductas delictivas.

4.6. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-061 de 2008 se ocupó de analizar la exequibilidad de la medida de publicación de las fotografías de personas condenadas por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, anotando que si se trata de ejercer prevención general para disuadir a futuros infractores en potencia, tampoco aparece motivación en el proceso legislativo, con estudios biológicos, psicológicos, sociológicos y, en general, criminológicos, sobre la naturaleza de esos delitos, particularmente cuando son cometidos contra seres humanos que no han adquirido formación sexual, pudiendo mediar impulsos irracionales, instintivos e irrefrenables, anómalos frente al comportamiento sexual de la mayoría de la población, que difícilmente podrían ser controlados así se observe que la justicia ha sido eficiente y severa en algunos casos, frente a otros individuos que incurrieron en comportamientos semejantes.

Tampoco se analizó, en la misma línea, el índice de reincidencia en este tipo de conductas, que puede ser significativamente alto y daría lugar a pensar que tampoco opera la prevención especial, con lo que aún el hecho de haberse divulgado la información relativa a la propia condena, no parecería razón suficiente para contener a un individuo en trance de cometer una nueva acción delictiva de la misma naturaleza.

En el plano de prevenir a la población sobre la presencia de estos individuos en sus vecindarios y el peligro que representan, debe tenerse en cuenta que por la época en que ha de efectuarse la difusión, “*las personas que hayan sido condenadas en el último mes*”, en la mayoría de los casos el sentenciado estará aún privado de la libertad, dado el extendido *quantum* punitivo actual, quedando sin fundamento ese objetivo de la publicación en el mes siguiente.

Pero, en el otro extremo, si se previera que la divulgación ha de hacerse al ser excarcelado, se estaría desconociendo el nominal efecto de reinserción social, rehabilitación o resocialización que se le abona a la pena como una de sus funciones inmanentes, teóricamente justificadora especialmente de la privación de la libertad.

Por lo anterior, no encuentra la Corte evidencia, ni siquiera mediana, de que el medio escogido para brindar protección a la población infantil tenga una

efectividad tal que justifique la instauración de esta medida.

La Corte Constitucional en el mencionado fallo concentra una buena parte de su motivación en señalar que la protección de los derechos de los niños y de su interés superior no resulta ser un argumento legítimo para establecer sanciones que afectan irrazonablemente derechos fundamentales de los agresores, que no se ha probado empíricamente que traigan de suyo efectos materiales benéficos y reales en torno a la prevención de delito y la protección de los menores, y por el contrario, pueden generar mayores grados de revictimización y alientan la estigmatización pública.

En razón de estas consideraciones, el Consejo Superior de Política Criminal observa una posible inconstitucionalidad de los proyectos de ley estudiados a la luz de la efectividad de las medidas propuestas, así como en relación con la proporcionalidad de la misma respecto de los derechos fundamentales que puedan ser afectados, que también examinó la Corte Constitucional en su oportunidad.

4.7. El proyecto de ley establece una extensión de la pena que es completamente nueva, que no se encontraba incluida como parte de la sanción establecida para los delitos contemplados en el título IV de la parte especial del Código Penal, con lo que para que esta sea viable se requeriría de una reforma de los artículos correspondientes en el componente de determinación de la pena, y en todo caso, hasta tanto dicha reforma no entrara en vigencia, la aplicación de los efectos de los registros de ofensores sexuales con relación a las limitaciones de acceso al trabajo, resulta completamente en contravía del principio de legalidad, efecto que también se daría si se llegare a aplicar con relación a las personas que fueron condenadas con anterioridad a la promulgación de la ley que establece esta inhabilidad.

## **5. Las necesidades de mejoramiento del proyecto de ley.**

Considerando en todo caso, que el proyecto de ley estatutaria puede surtir con éxito su trámite legislativo, el Consejo propone las siguientes observaciones que considera necesarias para limitar al máximo la posible restricción de derechos y garantizar la implementación de estas medidas, desde el enfoque de política criminal garante de los derechos humanos, coherente, preventiva y basada en fundamentos empíricos:

5.1. El registro de personas condenadas por delitos sexuales, de acuerdo con la exposición de motivos, pretende configurar una medida efectiva de prevención de delitos de esta naturaleza cometidos contra menores de edad, de manera que resulta razonable limitar su contenido a los delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, eliminando la posibilidad de que se inscriban en él las condenas producidas por delitos sexuales en contra de mayores de edad, entre otras razones, porque la evidencia científica disponible diferencia entre la compulsión hacia los menores y las ofensas sexuales en contra de adultos, por lo que los entornos en los que se cometen son distintos y carceraria de sentido exigir el certificado a quienes han sido condenados por diversos delitos sexuales



contra mayores de edad, al parecer no inclinados a la comisión de delitos contra menores de edad.

5.2. En relación con el derecho al trabajo, el Consejo apunta la necesidad de definir más clara y expresamente las áreas de la actividad productiva en las que resulte posible limitar el acceso a este derecho a los condenados como ofensores sexuales, puesto que en el proyecto se hace una amplia enumeración de campos en los cuales no se podría acceder a empleos, tales como el servicio doméstico; la realización de tareas en jardines infantiles; el desempeño en instituciones de educación básica y media; el trabajo en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; las labores en los centros de pediatría y, en general, cualquier actividad en instituciones públicas o privadas que tengan funciones en las que se interactúe con menores de edad, ámbitos de la actividad laboral que pueden ser ampliados por el Ministerio de Educación Nacional.

5.3. A fin de prevenir que los datos inscritos en el registro de agresores sexuales se divulguen sin control alguno, el proyecto debería prever algunas medidas para que las entidades que tienen acceso a él o lo han requerido, garanticen la confidencialidad del registro. Estas medidas se consideran necesarias no solo en relación con la preservación de los derechos fundamentales de quien se halle inscrito en el registro, sino como medida de prevención de reacciones incontroladas de la sociedad hacia los condenados por delitos sexuales.

Una medida que puede resultar adecuada es que el empleador exija entre los documentos que deben ser presentados al momento de solicitar trabajo, que el certificado sea aportado por el aspirante y que solamente se pueda contratar a quienes efectivamente no estén inhabilitados, sin la obligación de dejar copia del certificado en los archivos de la entidad, con lo cual se haría efectiva la protección de que los datos del registros no pueden ser solicitados sino por las autoridades judiciales y de investigación criminal para el cumplimiento de sus funciones.

5.4. Deben estar enunciados, en forma clara y detallada, los límites y competencias del registro y banco de datos de las personas condenadas por delitos sexuales, con el fin de que la norma no resulte inconstitucional. A mayores restricciones para el acceso a la información (tanto de quién solicita el certificado como los motivos para ello), menores serán las posibilidades de que la norma permita la violación de los derechos de las personas que fueron condenadas y ya cumplieron su pena.

5.5. El literal b) del artículo 11 debería modificarse, porque si se produce algún uso indebido de la información consignada en el registro debe examinarse la situación a la luz de las regulaciones actuales sobre difusión de informaciones reservadas contenidas en el Código Penal; las Secretarías de Educación no tiene competencias en este tema y, de conservarse su intervención, debería contemplarse el efecto que en el control de las instituciones educativas tendría el uso indebido o la divulgación del contenido del registro.

5.6. El literal b), del artículo 12 se inscribe dentro de las obligaciones de los inscritos en el registro.

Siendo ello así, no tiene sentido que una de ellas sea la de conservar la información y evitar que sea adulterada, eliminada, consultada o accedida por quienes no tienen posibilidad de hacerlo. Estas son obligaciones de quien administre el registro, no de quienes estén inscritos en él.

5.7. El artículo 22 establece una multa para las personas jurídicas de derecho público o privadas que no exijan el registro. De esta forma, la sanción pecuniaria sería pagada por la persona jurídica y, en el caso de las entidades oficiales, con recursos públicos. Para evitar esta consecuencia que afecte el erario, el Consejo estima más adecuado que la multa sea pagada directamente por el representante legal de la entidad o por el funcionario encargado de verificar los requisitos de contratación, a título personal.

## 6. Conclusión

El Consejo Superior de Política Criminal considera que los proyectos de ley sometidos a estudio, por los motivos antes señalados, presentan visos de inconstitucionalidad que los hacen inviables.

Asimismo, aunque las iniciativas legislativas marcan un grado de evolución en la búsqueda de alternativas para la protección de la libertad, integridad y formación sexual de las niñas y niños del país, superando visiones anacrónicas de cara a la construcción de un derecho penal conforme con principios democráticos y constitucionales, como las que propugnan por el establecimiento de sanciones de pena de muerte o cadena perpetua para los agresores, en todo caso tampoco establecen alternativas viables e integrales para el abordaje asertivo del fenómeno y su aprobación implicaría el reforzamiento de acciones de carácter inmediatista, con lesión de derechos fundamentales, y que como resultado pueden traer consigo ejercicios desproporcionados del poder punitivo con muy poca eficacia social.

Por los anteriores criterios de inconveniencia político-criminal de los proyectos, sumados a la necesidad de fortalecer la exigencia de construcción de proyectos de ley o acto legislativo en materia penal que posean una amplia y consistente sustentación, principalmente fundada en evidencia empírica, relativa a su constitucionalidad, conveniencia, pertinencia y necesidad incluidas en sus exposiciones de motivos, se emite el presente concepto desfavorable. Sin embargo, se destaca que de realizarse las modificaciones a las que se alude en el numeral cinco (5) de este concepto sobre “Las necesidades de mejoramiento del proyecto de ley”, el proyecto de ley estatutaria puede tener viabilidad.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

Directora de Política Criminal y Penitenciaria

Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

**CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO –CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL– AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 65 DE 2016 SENADO**

*mediante la cual se regula la designación de un Fiscal General de la Nación interino.*

**Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de ley 65 de 2016 Senado mediante la cual se regula la designación de un Fiscal General de la Nación interino.**

<b>Proyecto de ley número 65 de 2016 Senado, mediante la cual se regula la designación de un Fiscal General de la Nación interino.</b>	
<b>Autor</b>	Fiscal General de la Nación
<b>Fecha de radicación</b>	2 de agosto de 2016
<b>Estado actual</b>	Pendiente ponencia de primer debate en Cámara
<b>Referencia</b>	Concepto número 16.16

El análisis del proyecto de ley se realizó sobre el texto radicado en Senado por el señor Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez, el día 2 de agosto del año en curso.

**1. Objeto, contenido y alcance del proyecto de ley**

Este proyecto de ley, junto con los Proyectos de ley 66 de 2016 Senado y 67 de 2016 Senado, todos de iniciativa de la Fiscalía General de la Nación, pretende crear instituciones que hagan más transparente e imparcial el ejercicio de la función del ente acusador, y aun cuando habrían podido integrarse en uno solo, se optó por mantener su división con el fin de asegurar una mayor discusión de los temas.

El Proyecto de ley número 65 de 2016 Senado cuenta con dos artículos mediante los cuales se pretende que el Presidente de la República designe un fiscal interino en caso de falta absoluta del Fiscal General de la Nación, mientras que la Corte Suprema de Justicia elige un fiscal en propiedad, lo que implica que el Vicefiscal perdería la función de remplazar en sus faltas absolutas al fiscal general de la nación.

**2. Observaciones político-criminales**

**2.1. La finalidad del proyecto**

En la exposición de motivos del Proyecto de ley 65 de 2016 Senado se dice, como uno de sus fundamentos, que “es fundamental que todas las actuaciones del aparato estatal y particularmente del aparato judicial estén regidas por el principio de transparencia. La legitimidad democrática radica en parte en el respeto de este principio, y en la existencia de mecanismos ciertos y herramientas concretas que atiendan a este imperativo” y con base en esta premisa se defiende la reforma, para asegurar que las medidas propuestas buscan una mayor legitimidad institucional y establecer la posibilidad de fiscalización de los actos de la entidad y como forma de hacer efectivo el “equilibrio material de los poderes”.

El texto de este proyecto, así como de los Proyectos 66 y 67 de 2016 Senado, ciertamente se construye con miras a separar las funciones del fiscal ad hoc, del fiscal interino y del jefe de control interno de la entidad, de las directrices e influencias del Fiscal General de la Nación, en la medida en la que el

primero será una persona totalmente independiente del jefe de la entidad al ser escogido y elegido por el Presidente de la República; el segundo con un procedimiento similar al constitucionalmente ordinario para que, ante recusaciones e impedimentos del Fiscal General se nombren fiscales ad hoc para que lleven adelante el proceso, y el tercero, confiando la designación del jefe de control interno a la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio independiente de la designación y elección.

En estas condiciones, para el Consejo cada uno de los proyectos constituye el desarrollo de aspectos específicos de la política criminal del Estado, tales como la imparcialidad, transparencia e independencia judicial y la garantía del debido proceso, de forma que puede afirmarse que las tres iniciativas, que comparten los fines dichos, tienen propósitos laudables, lo que no significa, sin embargo, que por ello resulten exentos de críticas o que todas sus disposiciones sean convenientes.

**2.2. La iniciativa legislativa del Fiscal General de la Nación**

El Consejo Superior de Política Criminal discutió sobre la posibilidad de que el Fiscal General de la Nación tuviese iniciativa para proponer las reformas contenidas en los proyectos que se estudian, básicamente porque encuentra que de acuerdo con el artículo 249 de la Constitución Política, “la Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley”, de forma que la estructura de la entidad, según lo dispone el artículo 150, corresponde al Congreso de la República y que, de acuerdo con el artículo 156 ibidem, el Fiscal General de la Nación o la entidad que dirige no se encuentran entre las autoridades a las que se reconoce “la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones”; así las cosas, los proyectos, en cuanto se refieren a la estructura de la entidad, deberían ser de iniciativa del Congreso de la República.

Sin embargo, también encuentra el Consejo que el artículo 251, numeral 4, asigna al Fiscal General de la Nación la función de “Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto”, norma que tuvo como fundamento la entidad para elaborar y presentar, motu proprio, los proyectos de ley.

Ante esta situación, entonces, surge la pregunta por la posibilidad de reconocer iniciativa legislativa al Fiscal General de la Nación en asuntos que, en principio, no pertenecen estrictamente a la esfera de la política criminal. Para dilucidar el asunto, el Consejo se basó esencialmente en el contenido de la Sentencia C-646/01 en donde la Corte Constitucional, bajo la ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, si bien no definió qué es la política criminal, sí determinó los asuntos relacionados con ella, entre los cuales mencionó las leyes que “fijan criterios para descongestionar los despachos judiciales y lograr mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia”.

En este sentido, entonces, se asume que el contenido de los proyectos de ley que se analizaron, específicamente el 65 y 66 de 2016 Senado, desarrollan

normas que permiten atribuir la investigación de un delito a un funcionario escogido de acuerdo con el procedimiento constitucional establecido (una particular adscripción de competencia), y además fijan criterios para lograr la mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia, en la medida en que la designación de funcionarios que no pertenecen a la entidad pretenden asegurar una función más expedita y correcta, al tiempo que las normas propuestas buscan ampliar las garantías judiciales para el procesado.

Bajo estas premisas, el Consejo Superior de Política Criminal determinó, finalmente, que las reformas referidas a la estructura de la Fiscalía General de la Nación se refieren también a la forma como se ejercen las funciones que se encomiendan a la entidad y a la aplicación de estrategias de política criminal en sentido amplio, por lo cual los proyectos se encuentran relacionadas con la política criminal del Estado, razón por la que no es posible negar la adecuación de la iniciativa a las normas constitucionales.

### 2.3. El fiscal interino

El Proyecto 65 de 2016 Senado prevé una reforma al artículo 5° del Decreto 021 de 2014, con el fin de establecer la figura del Fiscal General Interino y el procedimiento para su designación, ante las faltas absolutas del titular<sup>3</sup>. Este Fiscal General Interino sería designado por el Presidente de la República, quien a su vez deberá comunicar su decisión a la Corte Suprema de Justicia, y enviar la terna para que dicha corporación judicial proceda inmediatamente al nombramiento del nuevo Fiscal General en propiedad.

“Aunque la determinación según la cual el Vicefiscal debe asumir el cargo de Fiscal General mientras se agota el proceso de elección de la nueva persona que ocupará el cargo, no vulnera el principio de equilibrio de poderes” –arguye la Fiscalía en la exposición de motivos–, “es claro que existirá mayor fortaleza institucional si el sistema permite generar los incentivos adecuados para que en la dirección de la entidad siempre esté un funcionario en propiedad”.

No obstante esta argumentación, el Consejo Superior de Política Criminal considera que, con la reforma, no cambiarían las actuales condiciones de selección de un Fiscal General de la Nación en propiedad ante faltas absolutas, porque en la designación propuesta, esto es, un fiscal interino nombrado por el Presidente de la República entre tanto la Corte Suprema de Justicia elige al titular, constituirá igualmente provisionalidad en el ejercicio del cargo que puede atentar contra el normal funcionamiento de la entidad y, en cambio, sí puede afectar, en abstracto, el equilibrio de poderes, al otorgar al Presidente de la República la oportunidad de contar con un funcionario –que constitucionalmente pertenece a la rama judicial– elegido por él, mientras la Corte Suprema logra la elección de quien debe, en definitiva, ejercer el cargo por el período constitucional correspondiente.

En la hipótesis contemplada en el proyecto, entonces, estaría ejerciendo funciones judiciales un servi-

dor público designado por el jefe del ejecutivo, con lo cual se afecta el principio de independencia establecido en el artículo 228 de la Constitución Política. El hecho de que la terna la deba enviar el Presidente a la Corte Suprema de Justicia una vez producida la vacancia del cargo no elimina esta injerencia del ejecutivo en la rama judicial.

La bondad de la iniciativa está en la idea de, que ante las faltas absolutas del Fiscal General, el Presidente de la República debe hacer el nombramiento “inmediatamente después” de que se presente la vacancia absoluta del empleo, y que con esa misma celeridad debe enviar la terna a la Corte Suprema de Justicia para la respectiva designación. Esto, no obstante, nada nuevo aporta a la selección del fiscal, en tanto que se debe proceder con igual celo en la actual regulación.

### 3. Conclusión

Para el Consejo Superior de Política Criminal, el actual sistema de remplazos del Fiscal General ante su falta absoluta –fiscal interino– cumple los estándares exigidos por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos para garantizar la imparcialidad del ente acusador, en tanto que independientemente del sistema de nombramiento del Vicefiscal y su vinculación a las directrices del Fiscal General de la Nación cuando actúa como tal, cuando asume las funciones del jefe de la entidad en un caso específico, o ante su falta absoluta, el segundo funcionario de la entidad debe ajustar su conducta a las reglas generales de ejercicio de la función pública que corresponde a quien está remplazando, y por lo tanto debe tomar sus decisiones con total autonomía, imparcialidad e independencia y plenamente ajustadas a la ley, según corresponde a los funcionarios que integran la rama judicial del poder público.

Por esta razón no existe la imperativa obligación de modificar las disposiciones vigentes, salvo que se partiera de la presunción de que el Vicefiscal se puede apartar de los principios que rigen la función judicial que le corresponde, hipótesis imposible de aceptar no solamente porque no ha sido ni siquiera insinuada por la fiscalía autora del proyecto, sino porque no resulta compatible con las exigencias legales que se hacen a quien debe ocupar el cargo de vicefiscal general de la nación.

Se debe señalar, además, que la designación de un fiscal general por parte del Presidente de la República, sin considerar la intervención de la Corte Suprema de Justicia, puede resultar inconstitucional, en razón de que elimina el control judicial en la designación de este servidor público.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

Directora de Política Criminal y Penitenciaria

Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

<sup>3</sup> Las faltas absolutas, según la norma, son: la muerte, la renuncia aceptada, la destitución ordenada en decisión ejecutoriada, la incapacidad física permanente y el abandono del cargo.

**CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO –CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL– AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 66 DE 2016 SENADO**

*mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación.*

**Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de ley 66 de 2016 Senado mediante el cual se regula la designación de un Fiscal General de la Nación.**

<b>Proyecto de ley número 66 de 2016 Senado, mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación.</b>	
<b>Autor</b>	Fiscal General de la Nación
<b>Fecha de radicación</b>	2 de agosto de 2016
<b>Estado actual</b>	Pendiente ponencia de primer debate en Cámara
<b>Referencia</b>	Concepto número 16.24

El análisis del proyecto de ley se realizó sobre el texto radicado en Senado por el señor Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez, el día 2 de agosto del año en curso.

**1. Objeto, contenido y alcance del proyecto de ley**

Este proyecto de ley, junto con los Proyectos de ley 66 de 2016 Senado y 67 de 2016 Senado, todos de iniciativa de la Fiscalía General de la Nación, pretende crear instituciones que hagan más transparente e imparcial el ejercicio de la función del ente acusador, y aun cuando habrían podido integrarse en uno solo, se optó por mantener su división con el fin de asegurar una mayor discusión de los temas.

El Proyecto de ley número 66 de 2016 Senado, con dos artículos, busca establecer un régimen especial en los casos en los que se declaren impedimentos o se acepten recusaciones respecto del Fiscal General de la Nación, proponiendo que el Presidente de la República envíe una terna de la cual la Corte Suprema de Justicia seleccione un Fiscal *ad hoc* para que asuma el caso respectivo.

**2. Observaciones político-criminales en relación con el proyecto de ley**

**2.1. La finalidad del proyecto**

En la exposición de motivos del proyecto se señala como uno de sus fundamentos que “es fundamental que todas las actuaciones del aparato estatal y particularmente el aparato judicial estén regidas por el principio de transparencia. La legitimidad democrática radica en parte en el respeto de este principio, y en la existencia de mecanismos ciertos y herramientas concretas que atiendan a este imperativo” y con base en esta premisa se defiende la reforma, para asegurar que las medidas propuestas busquen una mayor legitimidad institucional y establecer la posibilidad de fiscalización de los actos de la entidad y como forma de hacer efectivo el “equilibrio material de los poderes”.

El texto de este proyecto, así como de los Proyectos 65 y 67 de 2016 Senado, ciertamente se construye con miras a separar las funciones del fiscal *ad*

*hoc* del fiscal interino y del jefe de control interno de la entidad, de las directrices e influencias del Fiscal General de la Nación, en la medida en la que el primero será una persona totalmente independiente del jefe de la entidad al ser escogido y elegido por el Presidente de la República; el segundo con un procedimiento similar al constitucionalmente ordinario para que, ante recusaciones e impedimentos del Fiscal General se nombren fiscales *ad hoc* para que lleven adelante el proceso, y el tercero, confiando la designación del jefe de control interno a la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio independiente de la designación y elección.

La Fiscalía General de la Nación, en efecto, ha destacado que la designación del fiscal *ad hoc*, en lugar de que el Vicefiscal asuma la dirección de una investigación en la que el jefe de la entidad se declare impedido o sea recusado con éxito, amplía las garantías de independencia y autonomía que deben otorgarse a todo investigado en un Estado de derecho, pues así se garantiza en mejor forma la total imparcialidad de las decisiones que corresponden, con la reforma, a un funcionario distinto que no tenga relación jerárquica con el Fiscal General y que además este no haya intervenido en su designación ni pueda disponer su separación del cargo.

En estas condiciones, para el Consejo cada uno de los proyectos constituye el desarrollo de aspectos específicos de la política criminal del Estado, tales como la imparcialidad, transparencia e independencia judicial y la garantía del debido proceso, de forma que puede afirmarse que las tres iniciativas, que comparten los fines dichos, tienen propósitos laudables, lo que no significa, sin embargo, que por ello resulten exentos de críticas o que todas sus disposiciones sean convenientes.

**2.2 La iniciativa legislativa del Fiscal General de la Nación**

El Consejo Superior de Política Criminal discutió sobre la posibilidad de que el Fiscal General de la Nación tuviese iniciativa para proponer las reformas contenidas en los proyectos que se estudian, básicamente porque encuentra que de acuerdo con el artículo 249 de la Constitución Política, “la Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley”, de forma que la estructura de la entidad, según lo dispone el artículo 150, corresponde al Congreso de la República y que de acuerdo con el artículo 156 *ibidem*, el Fiscal General de la Nación o la entidad que dirige no se encuentran dentro de las autoridades a las que se reconoce “la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones”, de forma que los proyectos, en cuanto se refieren a la estructura de la entidad, deberían ser de iniciativa del Congreso de la República.

Sin embargo, también encuentra el Consejo que el artículo 251, numeral 4, asigna al Fiscal General de la Nación la función de “Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto”, norma que tuvo como

fundamento la entidad para elaborar y presentar, *motu proprio*, los proyectos de ley.

Ante esta situación, entonces, surge la pregunta por la posibilidad de reconocer iniciativa legislativa al Fiscal General de la Nación en asuntos que, en principio, no pertenecen estrictamente a la esfera de la política criminal. Para dilucidar el asunto, el Consejo se basó esencialmente en el contenido de la Sentencia C-646/01, en donde la Corte Constitucional, bajo la ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, si bien no definió qué es la política criminal, sí determinó los asuntos relacionados con ella, entre los cuales mencionó las leyes que “fijan criterios para descongestionar los despachos judiciales y lograr mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia”.

En este sentido, entonces, se asume que el contenido de los proyectos de ley que se analizaron, específicamente el 65 y 66 de 2016 Senado, desarrolla normas que permiten atribuir la investigación de un delito a un funcionario escogido de acuerdo con el procedimiento constitucional establecido (una particular adscripción de competencia) y además fija criterios para lograr la mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia en la medida en que la designación de funcionarios que no pertenecen a la entidad pretende asegurar una función más expedita y correcta, al tiempo que las normas propuestas buscan ampliar las garantías judiciales para el procesado.

Bajo estas premisas, el Consejo Superior de Política Criminal determinó, finalmente, que las reformas referidas a la estructura de la Fiscalía General de la Nación se refieren también a la forma como se ejercen las funciones que se encomiendan a la entidad y a la aplicación de estrategias de política criminal en sentido amplio, por lo cual los proyectos se encuentran relacionados con la política criminal del Estado, razón por la que no es posible negar la adecuación de la iniciativa a las normas constitucionales.

### 2.3. La designación del fiscal *ad hoc*

El modelo que se propone en el proyecto de ley para designar un fiscal general cuando el titular del cargo esté impedido para conocer de un asunto particular puede resultar adecuado en tanto que es un tercero ajeno a la Fiscalía General de la Nación quien debe resolver los temas que no puede decidir el jefe de la entidad.

Ante el cuestionamiento por parte del Consejo Superior de Política Criminal al autor de la iniciativa por datos y fundamentos que sustenten la necesidad de crear esta figura y que efectivamente cumpla con el objetivo que se le asigne, la Fiscalía expuso los siguientes:

1. La Corte se ha pronunciado acerca de impedimentos o recusaciones en cincuenta (50) oportunidades entre 2008 y 2016, periodos de Mario Iguarán, Guillermo Mendoza, Viviane Morales y Eduardo Montealegre, declarándolos fundados en treinta y seis (36) oportunidades, lo que equivale en ocho años a un promedio de 4,5 por año, lo que para la Fiscalía se trata de casos excepcionalísimos.

2. Aclara que se trata entonces de particulares que ejercen una función pública ocasional, nombrados bajo el mismo procedimiento del Fiscal General y sujetos a las mismas sanciones.

3. Su naturaleza se asemeja (guardadas las proporciones) a la de los conjuces. No existe vínculo laboral ni contractual y podrán ser remunerados a título de honorarios<sup>3</sup>.

4. La facultad de regular remuneraciones en la Fiscalía es del Gobierno, con cargo a aquella. Por ende, el Gobierno fijará las tablas salariales para el efecto con cargo al presupuesto del ente acusador, generando un mínimo o ausente impacto fiscal.

En este punto, es necesario advertir que la Fiscalía General de la Nación, en la discusión que del proyecto se hizo en la sesión del Consejo Superior de Política Criminal, adujo que una posible solución al impacto fiscal<sup>4</sup> sería determinar que la función del fiscal *ad hoc* se ejerciera *ad honorem*, como lo hacen los conjuces de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, frente a este argumento, es preciso resaltar que no resulta equiparable la función del fiscal *ad hoc* con la del conjuce en la medida en que la función investigativa demanda mucha más dedicación al caso y al control de la policía judicial, la búsqueda, recaudo y control de las evidencias; las intervenciones en la etapa del juicio y demás actividades.

Adicionalmente, debe señalarse que existe la posibilidad de que en un determinado período, quien ejerce el cargo de Fiscal General esté impedido o sea recusado en una gran cantidad de asuntos de los que debe conocer, con lo cual se haría sumamente difícil la designación de muchas personas que deben reemplazarlo, por lo que significa de carga adicional a la Corte Suprema de Justicia; la selección de los candidatos correspondientes; los trámites administrativos para el ejercicio de la función; los recursos físicos y humanos que deben asignarse a ese fiscal *ad hoc*, etc.

Es así que se ha considerado imperioso conocer los impactos a nivel procesal y el gasto fiscal que podría generarse en la aplicación de este mecanismo cuando se designen múltiples fiscales *ad hoc*.

Desde otra perspectiva, podría designarse un solo fiscal *ad hoc* para todos los impedimentos del Fiscal General. Sin embargo, esta situación podría generar

3 Artículo 47 Ley 1564 de 2012: Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos ocasionales que deben ser desempeñados por personas idóneas, imparciales, de conducta intachable y excelente reputación. Para cada oficio se requerirá idoneidad y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, garantía de su responsabilidad y cumplimiento. Se exigirá al auxiliar de la justicia tener vigente la licencia, matrícula o tarjeta profesional expedida por el órgano competente que la ley disponga, según la profesión, arte o actividad necesarios en el asunto en que deba actuar, cuando fuere el caso. Los honorarios respectivos constituyen una equitativa retribución del servicio y no podrán gravar en exceso a quienes acceden a la administración de justicia.

4 En relación con el impacto fiscal que podría tenerse, indicó la Fiscalía, como autora del proyecto, que la facultad de regular remuneraciones en el ente investigador es del Gobierno con cargo a aquel, por lo que será el Gobierno quien fije la tabla salarial para tal efecto, generando un mínimo o ausente impacto fiscal.

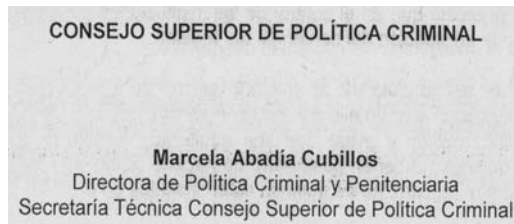
una doble orientación de la actividad de la Fiscalía en los asuntos penales, al prolongar la actividad de un “segundo” fiscal general.

**3. Conclusión**

Para el Consejo Superior de Política Criminal, el actual sistema de reemplazos del Fiscal General ante las recusaciones e impedimentos del Fiscal General cumple los estándares exigidos por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos para garantizar la imparcialidad del ente acusador, en tanto que independientemente del sistema de nombramiento del Vicefiscal y su vinculación a las directrices del Fiscal General de la Nación cuando actúa como tal, cuando asume las funciones del jefe de la entidad en un caso específico, el segundo funcionario de la entidad debe ajustar su conducta a las reglas generales de ejercicio de la función pública que corresponde a quien está remplazando, y por lo tanto debe tomar sus decisiones con total autonomía, imparcialidad e independencia y plenamente ajustadas a la ley, según corresponde a los funcionarios que integran la rama judicial del poder público.

Por esta razón, no existe la imperativa obligación de modificar las disposiciones vigentes, salvo que se partiera de la presunción de que el Vicefiscal se puede apartar de los principios que rigen la función judicial que le corresponde, hipótesis imposible de aceptar no solamente porque no ha sido ni siquiera insinuada por la Fiscalía, autora del proyecto, sino porque no resulta compatible con las exigencias legales que se hacen a quien debe ocupar el cargo de Vicefiscal General de la Nación.

El proyecto es igualmente inconveniente porque puede generar unos costos fiscales adicionales según sea la cantidad de casos en los que haya que acudir a la designación de un fiscal *ad hoc*, al tiempo que no resulta claro cómo se aplicará la medida: si es un fiscal *ad hoc* para todos los casos o por el contrario uno por cada impedimento.



\*\*\*

**CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO –CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL– AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 67 DE 2016 SENADO**

*mediante el cual se fortalecen el control y la rendición de cuentas en la Fiscalía General de la Nación.*

**Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de ley 67 de 2016 Senado, mediante el cual se fortalece el control y la rendición de cuentas en la Fiscalía General de la Nación.**

<b>Proyecto de ley número 67 de 2016 Senado, mediante el cual se fortalece el control y la rendición de cuentas en la Fiscalía General de la Nación.</b>	
<b>Autor</b>	Fiscal General de la Nación
<b>Fecha de radicación</b>	2 de agosto de 2016
<b>Estado actual</b>	Pendiente ponencia de primer debate en Cámara
<b>Referencia</b>	Concepto número 16.25

El análisis del proyecto de ley se realizó sobre el texto radicado en Senado por el señor Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez, el día 2 de agosto del año en curso.

**1. Objeto, contenido y alcance del proyecto de ley**

Este proyecto de ley, junto con los Proyectos de ley 66 de 2016 Senado y 67 de 2016 Senado, todos de iniciativa de la Fiscalía General de la Nación, pretende crear instituciones que hagan más transparente e imparcial el ejercicio de la función del ente acusador, y aun cuando habrían podido integrarse en uno solo, se optó por mantener su división con el fin de asegurar una mayor discusión de los temas.

El Proyecto de ley número 67 de 2016 Senado, con tres artículos, pretende fortalecer el control y la rendición de cuentas en la Fiscalía General de la Nación, para lo cual propone que la Corte Suprema de Justicia nombre al Jefe de Control Interno del órgano titular de la acción penal y modificar las funciones del Fiscal General con la obligación de presentar ante la misma Corte y dentro de los treinta (30) días siguientes a la finalización de cada año de gestión un informe general de rendición de cuentas sobre el cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas a la Entidad.

**2. Observaciones político-criminales en relación con el proyecto de ley**

**2.1. La finalidad del proyecto**

En la exposición de motivos del proyecto se señala como uno de sus fundamentos que “es fundamental que todas las actuaciones del aparato estatal y particularmente el aparato judicial estén regidas por el principio de transparencia. La legitimidad democrática radica en parte en el respeto de este principio, y en la existencia de mecanismos ciertos y herramientas concretas que atiendan a este imperativo” y con base en esta premisa se defiende la reforma, para asegurar que las medidas propuestas buscan una mayor legitimidad institucional y establecer la posibilidad de fiscalización de los actos de la entidad y como forma de hacer efectivo el “equilibrio material de los poderes”.

El texto de este proyecto, así como de los Proyectos 65 y 66 de 2016 Senado, ciertamente se construye con miras a separar las funciones del fiscal *ad hoc* del fiscal interino y del jefe de control interno de la entidad, de las directrices e influencias del Fiscal General de la Nación, en la medida en que el primero será una persona totalmente independiente del jefe de la entidad al ser escogido y elegido por el Presidente de la República; el segundo, con un procedimiento similar al constitucionalmente ordinario para que, ante recusaciones e impedimentos del Fiscal General, se nombren fiscales *ad hoc* para que lleven adelante el proceso, y el tercero, confiando la designación del jefe

de control interno a la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio independiente de la designación y elección.

La Fiscalía General de la Nación, en efecto, ha destacado que la designación del fiscal *ad hoc*, en lugar de que el Vicefiscal asuma la dirección de una investigación en la que el jefe de la entidad se declare impedido o sea recusado con éxito, amplía las garantías de independencia y autonomía que deben otorgarse a todo investigado en un Estado de derecho, pues así se garantiza en mejor forma la total imparcialidad de las decisiones que corresponden, con la reforma, a un funcionario distinto que no tenga relación jerárquica con el Fiscal General y que además este no haya intervenido en su designación ni pueda disponer su separación del cargo.

En estas condiciones, para el Consejo, cada uno de los proyectos constituye el desarrollo de aspectos específicos de la política criminal del Estado, tales como la imparcialidad, transparencia e independencia judicial y la garantía del debido proceso, de forma que puede afirmarse que las tres iniciativas, que comparten los fines dichos, tienen propósitos loables, lo que no significa, sin embargo, que por ello resulten exentos de críticas o que todas sus disposiciones sean convenientes.

## 2.2. La iniciativa legislativa del Fiscal General de la Nación

El Consejo Superior de Política Criminal discutió sobre la posibilidad de que el Fiscal General de la Nación tuviese iniciativa para proponer las reformas contenidas en los proyectos que se estudian, básicamente porque encuentra que de acuerdo con el artículo 249 de la Constitución Política, “la Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley”, de forma que la estructura de la entidad, según lo dispone el artículo 150, corresponde al Congreso de la República y que de acuerdo con el artículo 156 *ibidem*, el Fiscal General de la Nación o la entidad que dirige no se encuentran dentro de las autoridades a las que se reconoce “la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones”, de forma que los proyectos, en cuanto se refieren a la estructura de la entidad, deberían ser de iniciativa del Congreso de la República.

Sin embargo, también encuentra el Consejo que el artículo 251, numeral 4, asigna al Fiscal General de la Nación la función de “Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto”, norma que tuvo como fundamento la entidad para elaborar y presentar, *motu proprio*, los proyectos de ley.

Ante esta situación, entonces, surge la pregunta por la posibilidad de reconocer iniciativa legislativa al Fiscal General de la Nación en asuntos que, en principio, no pertenecen estrictamente a la esfera de la política criminal. Para dilucidar el asunto, el Consejo se basó esencialmente en el contenido de la sentencia C-646/01, en donde la Corte Constitucional, bajo la ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, si bien no definió qué es la política criminal, sí determinó los asuntos relacionados con ella, entre los cuales mencionó las leyes que “fijan criterios para descongestionar los despachos judiciales y lograr mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia”.

En este sentido, entonces, se asume que el contenido de los proyectos de ley que se analizaron, específicamente el 65 y 66 de 2016 Senado, desarrolla normas que permiten atribuir la investigación de un delito a un funcionario escogido de acuerdo con el procedimiento constitucional establecido (una particular adscripción de competencia), y además fija criterios para lograr la mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia, en la medida en que la designación de funcionarios que no pertenecen a la entidad pretende asegurar una función más expedita y correcta, al tiempo que las normas propuestas buscan ampliar las garantías judiciales para el procesado.

Bajo estas premisas, el Consejo Superior de Política Criminal determinó, finalmente, que las reformas referidas a la estructura de la Fiscalía General de la Nación se refieren también a la forma como se ejercen las funciones que se encomiendan a la entidad y a la aplicación de estrategias de política criminal en sentido amplio, por lo cual los proyectos se encuentran relacionados con la política criminal del Estado, razón por la que no es posible negar la adecuación de la iniciativa a las normas constitucionales.

## 2.3. El nombramiento del jefe de control interno

También amparado en los principios de independencia y transparencia, se propone que el jefe de control interno de la Fiscalía General de la Nación sea designado por la Corte Suprema de Justicia.

En lo que se refiere a la reforma de dicha designación, es preciso anotar que la Constitución Política regula la función pública en todas sus ramas y dispone que todos los servidores públicos deben cumplir las atribuciones y actividades “detalladas en ley o reglamento”, funciones que se jura cumplir junto con la defensa de la Constitución y el estricto cumplimiento de los deberes que le incumben<sup>3</sup>, lo que hace exigible por las vías correspondientes —penal, disciplinaria y contencioso-administrativa— la responsabilidad por el desvío de poder o por la parcialidad de sus decisiones.

Según este principio, los jefes de control interno de cada una de las entidades del Estado, independientemente de su origen burocrático, tienen el deber de adelantar adecuadamente su función, con independencia de las directrices o intereses del jefe de la institución porque, aun cuando sean designados por este, es la ley la que les impone los deberes de adelantar el control interno que, como actividad técnica y regulada, les fija ciertas cargas, análisis y formas de presentar las recomendaciones y correcciones que deben implementarse en la entidad a la cual prestan sus servicios.

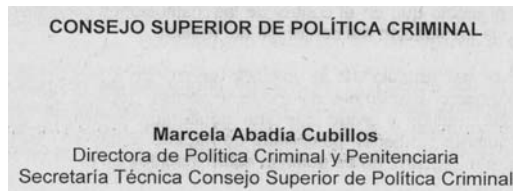
Téngase en cuenta, además, que el control interno es una actividad técnica que la Constitución ha ordenado implementar en todas las instituciones del Estado<sup>4</sup> y se ha desarrollado a través de principios y reglas rígidos que garantizan que la función se desempeñe de acuerdo con altos estándares de transparencia, lo que haría innecesario modificar la designación del funcionario encargado del control interno de la Fiscalía General de la Nación, so pretexto de que su función sea imparcial, independiente y transparente, apartándose de la forma como se configura, para las demás entidades, el control interno.

3 Artículo 122 constitucional.

4 Artículo 209 Constitucional.Política.

### 3. Conclusión

Esta propuesta es inconveniente, básicamente por tres razones: (i) desestructura la concepción general del control interno, que de acuerdo con la norma constitucional corresponde hacer a todas las entidades del Estado, y que según se ha desarrollado, se cumple a través de organismos de su propia estructura y designados por el jefe de la entidad correspondiente; (ii) la carga adicional que se impone a la Corte Suprema de Justicia en el nombramiento de funcionarios del Estado, lo que resulta inconveniente porque aparta a este alto Tribunal de sus cargas judiciales, que son su razón de ser; iii) la presentación de un informe del jefe de control interno a la Corte no tiene efectos reales en el funcionamiento de la Fiscalía ni en la aplicación de posibles correctivos<sup>3</sup>.



\* \* \*

### CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 211 DE 2016 CÁMARA, 122 DE 2016 SENADO,

*por el cual se establece la naturaleza y régimen jurídico de la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano.*

Bogotá,  
 Doctor  
 MAURICIO LIZCANO ARANGO  
 Presidente del Senado de la República  
 Congreso de la República  
 Edificio Nuevo del Congreso  
 Bogotá, D. C.

**Asunto: Concepto a Proyecto de ley número 211 de 2016 Cámara, 122 de 2016 Senado.**

Respetado presidente:

Adjunto remito el concepto del Ministerio de Educación Nacional sobre el Proyecto de ley número 211 de 2016 Cámara, 122 de 2016 Senado, *por el cual se establece la naturaleza y régimen jurídico de la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano.*

Solicitamos de manera atenta, tener en cuenta las observaciones que el Ministerio de Educación Nacional realiza sobre el proyecto de ley.

Cordialmente,

YANETH GIHA TOVAR  
 Ministra de Educación Nacional

Copia: honorable senador Andrés García Zuccardi – ponente.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

**Proyecto de ley número 211 de 2016 Cámara, 122 de 2016 Senado, por el cual se establece la naturaleza y régimen jurídico de la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano.**

#### I. Consideraciones de conveniencia

#### 1. La Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano es una institución de carácter privado

Sea lo primero indicar, que si bien Unitrópico es una entidad de participación mixta, por contar dentro de su patrimonio con capital del sector público y privado, no puede desconocerse la normatividad vigente, en especial la Ley 30 de 1992, la cual en su artículo 23, clasifica las instituciones de educación superior por su origen, en los siguientes términos:

*“Las instituciones de educación superior se clasifican en: Estatales u Oficiales, Privadas y de Economía Solidaria”.*

En razón de lo anterior, mediante Resoluciones números 1311 de 2002 y 6538 de 2011 emanadas del Ministerio de Educación Nacional, se le reconoció personería jurídica a la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano (Unitrópico) como una institución de educación superior de carácter privado sin ánimo de lucro, lo cual se ratificó mediante reforma estatutaria.

Condición que fue reiterada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para lo cual vale la pena transcribir algunos apartes de su concepto:

*“En los antecedentes de la consulta se aprecian actos administrativos como son la Ordenanza número 76 del 24 de febrero de 2000 de la Asamblea Departamental del Casanare y las Resoluciones del Ministerio de Educación Nacional números 1311 de 2002 y 6538 de 2011, mediante las cuales se reconoció personería jurídica a Unitrópico como una institución de educación superior de carácter privado sin ánimo de lucro y se ratificó una reforma estatutaria de Unitrópico, respectivamente.*

*Para la Sala es claro que los actos administrativos precitados generan efectos jurídicos particulares y concretos que gozan de la presunción de legalidad y por lo mismo, mientras dichos actos administrativos no sean modificados por otros, o sus efectos suspendidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, o desvirtuada su legalidad mediante sentencia que declare su nulidad, previo ejercicio de los medios de control judicial que correspondan, seguirán produciendo los efectos jurídicos vinculantes allí previstos, razón por la cual la Sala no entrará a valorar su contenido y alcance dado que, en el ejercicio de la función consultiva, ello no le corresponde”.*

(...)

*En vigencia de la Ley 30 de 1992, las entidades territoriales no tienen competencia para autorizar mediante ordenanza o acuerdo la creación de una persona jurídica de carácter mixto para prestar el servicio público de educación superior, bien sea sociedad o fundación.*



*En efecto, en virtud del principio de jerarquía normativa, dicha competencia solo puede ejercerse válidamente si la institución de educación superior del nivel territorial se crea como ente universitario autónomo o establecimiento público, en los términos de los artículos 23, 57, 58 y 61 de la Ley 30 de 1992, y en concordancia con los artículos 69, 209, 210 y 300, numeral 7, de la Constitución Política”.*

## **2. Unitrónico es una fundación sin ánimo de lucro, por lo tanto su patrimonio no se encuentra representado en aportes o cuotas sociales**

Teniendo clara la naturaleza jurídica de Unitrónico, cabe recordar que las personas jurídicas sin ánimo de lucro se clasifican en corporaciones y fundaciones, y debido a que no realizan una actividad comercial, se encuentran reguladas en el Código Civil (artículo 366 y siguientes).

Particularmente, las fundaciones son entes jurídicos que nacen de la voluntad individual aislado o asociado a otras voluntades, quienes afectan un conjunto de bienes para destinarlos al logro de los objetivos de interés social establecidos por ellas mismas en sus estatutos.

Así mismo, al ser las fundaciones sujetos de derecho, gozan de un patrimonio, mediante el cual cumplen la realización efectiva de un fin, de ahí que los bienes que ingresen al mismo no pueden confundirse con aquellos que son propios de los fundadores o de las personas que estén a cargo de dichas fundaciones.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la institución Unitrónico se encuentra legalmente constituida como una fundación, no es posible que opere la cesión o transferencia que señala el artículo 2° del proyecto de ley, toda vez que el objetivo de esta figura comercial es permitir que los socios puedan disponer de la participación (representada en acciones, cuotas o partes de interés) que tengan sobre el capital de una sociedad de naturaleza comercial (que goza de ánimo de lucro).

De acuerdo con las normas que regulan a las entidades sin ánimo de lucro, el patrimonio de Unitrónico no se encuentra representado en aportes o cuotas sociales, pues dicho patrimonio se sujeta a la voluntad de los fundadores que lo destinaron al servicio de la educación superior. Ningún fundador puede ceder ni transferir su calidad a otra persona, sea natural o jurídica, pues esta figura no se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico colombiano, y es considerado como fundador, quien destine uno o varios bienes para la constitución de una fundación que tenga una finalidad de utilidad común.

### **Conclusión**

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, el Ministerio de Educación Nacional no considera viable jurídicamente la figura propuesta en el artículo 2° del proyecto de ley analizado, traducida en ceder o transferir al departamento de Casanare los aportes o cuotas sociales de Unitrónico que se encuentra en poder de sus asociados. Por lo anteriormente expuesto, se solicita al honorable Congreso de la República considerar el archivo del proyecto de ley objeto del presente análisis.

## **CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE TRABAJO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 12 DE 2016 SENADO**

*por medio del cual se dictan normas de protección a la actividad artesanal sostenible, su promoción, fomento, desarrollo y la seguridad social integral del artesano y artesana productor.*

Bogotá, D. C., 4 de enero de 2017

Doctor

MAURICIO LIZCANO ARANGO

Presidente

Senado de la República

Carrera 7 N° 8-68 Piso 2

Bogotá, Cundinamarca.

**Asunto: Concepto técnico Proyecto de ley número 12 de 2016 Senado, por medio del cual se dictan normas de protección a la actividad artesanal sostenible, su promoción, fomento, desarrollo y la seguridad social integral del artesano y artesana productor.**

Respetado Senador Lizcano:

De manera atenta remito el concepto técnico al Proyecto de ley número 12 de 2016 Senado, *por medio del cual se dictan normas de protección a la actividad artesanal sostenible, su promoción, fomento, desarrollo y la seguridad social integral del artesano y artesana productor*, en los siguientes términos:

### **1. Pretensiones del proyecto de ley**

Mediante el proyecto de ley citado en el asunto, se pretende establecer diferentes medidas tendientes a proteger la actividad artesanal, propendiendo por el mejoramiento de las condiciones laborales de quienes se dedican a esta. En lo concerniente a este viceministerio, se analizará lo relacionado con los subsidios a los aportes Sistema General de Pensiones a cargo del Fondo de Solidaridad Pensional y a la creación de una pensión especial para la población compuesta por los artesanos, creadores, sabedores, productores y gestores artesanos, con cargo a los recursos del mismo.

### **2. Análisis de constitucionalidad**

El artículo 54 del proyecto de ley, establece un “programa especial de protección al derecho de pensión de vejez”, que consiste en una prestación especial para quienes no reúnan las cotizaciones necesarias para acceder al derecho de pensión de vejez, cuyo monto no puede ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente, con recursos del Fondo de Solidaridad Pensional y el respaldo de entidades del orden nacional. Dicho en otras palabras, se pretende establecer una pensión especial para un determinado grupo poblacional.

Inicialmente, es de referir que en proyecto de ley se confunde la protección especial que el Estado debe promover para la realización real y efectiva del derecho a la igualdad (artículo 13 C. N.), con la posibilidad de crear un régimen especial de pensiones, dirigido a un grupo poblacional, lo cual se encuentra prohibido por la misma Carta Magna.

Cabe recordar que con el **Acto Legislativo número 01 de 2005**, que reformó el artículo 48 de la Constitución Política, se eliminó la posibilidad de establecer regímenes pensionales especiales, como el aquí pretendido, de la siguiente manera:

*“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”. (...)*

*“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo”.*

Por tanto, las pretensiones del proyecto de ley atentan con la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, al destinar recursos de la Subcuenta de Solidaridad del FSP, para una prestación exclusiva para un segmento de la población al que se le quiere brindar un trato preferente, estableciendo un régimen especial al del resto de la población, **prescindiendo de la prohibición de la Carta Política.**

Nótese que con la reforma constitucional se eliminan las diferenciaciones dentro del universo de los trabajadores, pero la especial condición que se les está otorgando a los destinatarios del proyecto de ley, se dirige al establecimiento de un régimen en el que el resto de los beneficiarios del FSP resultan discriminados. Recuérdese que los derechos laborales (trabajo y la seguridad social) gozan de una especial protección por parte de la Constitución, por lo que no es razonable brindar un tratamiento preferente a la población consagrada en el proyecto de ley, dado que existe un mecanismo de protección a través del Subsidio al Aporte para Pensión, por lo que un tratamiento especial para los artesanos, lejos de proteger las necesidades del gremio, deviene en discriminatorio y menos favorable para los demás destinatarios del Sistema General de Pensiones, por lo que se encontraría en abierta contradicción con el artículo 13 de la Constitución.

Así mismo, no puede desconocerse que el Estado colombiano en desarrollo de la estrategia de movilidad social ha definido en el Sistema de Seguridad Social como parte de los mecanismos de prevención, un esquema alternativo de protección social que considera las condiciones de trabajo de la población ocupada frente a temas tales como estacionalidad, contrato laboral flexible por períodos menores a un mes, temporalidad, etc. En este contexto, se busca que las personas que laboran en las condiciones descritas tengan forma de realizar un ahorro flexible en cuantía y periodicidad para acceder a una protección económica en la vejez y recibir un incentivo del Estado del 20% del monto ahorrado, en este contexto se encuentra en implementación el Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos que está concebido para aquellas personas que estando en su etapa productiva, no tienen la capacidad de aportar al Sistema General Pensiones o que habiendo aportado, no lograron obtener una pensión. Es así como en el Acto Legislativo número 01 de 2005, que adicionó el contenido del artículo 48 de la Constitución Política, se otorgó la facultad al legislador para determinar los casos en que se pueden *“... conceder Beneficios Económicos Periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión”.*

De tal manera, si la teleología del proyecto de ley es proteger el ingreso a la vejez de los artesanos, la alternativa BEPS cumple con aquella finalidad.

### 3. Análisis de normatividad

El artículo 53 del proyecto determina que los artesanos serán beneficiarios de las políticas para asegurar la protección en materia pensional, por lo que delega al Gobierno nacional la regulación del subsidio al aporte en pensión con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional (FSP).

Sea lo primero mencionar que el FSP es una cuenta especial de la nación adscrita al Ministerio del Trabajo, sin personería jurídica y administrada mediante encargo fiduciario, creada por el artículo 25 de la Ley 100 de 1993, según el cual:

*“Créase el Fondo de Solidaridad Pensional, como una cuenta especial de la nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serán administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantías del sector social solidario, las cuales quedan autorizadas para tal efecto por virtud de la presente ley”.*

El Fondo tiene por objeto ampliar la cobertura en el Sistema General de Pensiones, a través del subsidio a la cotización del mismo y a la protección de las personas en estado de indigencia o pobreza extrema, lo cual cumple a través de las Subcuentas de Solidaridad y de Subsistencia, respectivamente.

**La Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad Pensional subsidia una parte de la cotización al Sistema General de Pensiones, a través del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión<sup>3</sup> (PSAP),** de las personas más pobres y vulnerables. El subsidio otorgado es de naturaleza temporal y parcial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 100 de 1993, es decir, el afiliado realiza sus aportes en el porcentaje que le corresponde, a través de los talonarios de pago emitidos por el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, los cuales son entregados a los beneficiarios del programa, mientras que el Fondo de Solidaridad Pensional a través del administrador fiduciario de los recursos, transfiere cada uno de los subsidios otorgados a Colpensiones quien en su condición de Administrador de Pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, debe aplicar tanto el aporte realizado por el beneficiario como el subsidio transferido por el Fondo, en las historias laborales de cada uno de los beneficiarios del Programa Subsidiado de Aporte a la Pensión.

Es de precisar que conforme lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 100 de 1993, los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional deben ser administrados en fiducia.

Debe señalarse que la regulación de los requisitos que deben ser cumplidos por los beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional, Subcuenta de Solidaridad, ha tenido variaciones desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, Ley 1187 de 2008, el Decreto número 3771 de 2007, el Decreto número 4944 de 2009 y las recomendaciones conte-

<sup>3</sup> Ver inciso 12 del Artículo 48 de la Constitución Política.

nidas en los documentos Conpes expedidos a través de estos años.

Actualmente, el Conpes 3605 de 2009 definió los requisitos por grupo para acceder al Programa de Subsidio al Aporte de Pensión, así:

GRUPO POBLACIONAL	CONDICIONES	BENEFICIOS		
		SEMANAS PREVIAS	TIEMPO DEL SUBSIDIO (SEMANAS)	PORCENTAJE DEL SUBSIDIO
TRABAJADORES INDEPENDIENTES DEL SECTOR RURAL Y URBANO	RPMPD > 35 años y < 55 años	250	650	75%
	RAIS > 35 años y < 58 años			
	RPMPD > 55 años	500	500	75%
	RAIS > 58 años			
CONCEJALES (MPIOs CATEGORIAS 4, 5 Y 6) (1)	RPMPD > 35 años y < 55 años	250	650	75%
	RAIS > 35 años y < 58 años			
	RPMPD > 55 años	500	500	75%
	RAIS > 58 años			
TRABAJADORES DISCAPACITADOS	SIN	500	750	95%
MADRES COMUNITARIAS	SIN	SIN	750	80%
DESOCUPADOS	RPMPD > 55 años	500	650	70%
	RAIS > 58 años			

Respecto de los requisitos de ingreso al programa, el artículo 13 del Decreto número 3771 de 2007, modificado por el artículo 1° del Decreto número 4449 de 2009, estableció los siguientes:

“1. Ser mayor de 35 años y menor de 55 años si se encuentran afiliados al ISS o menores de 58 años si se encuentran afiliados a los fondos de pensiones, siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima y contar con doscientas cincuenta (250) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del régimen al que pertenezcan.

2. Ser mayores de 55 años si se encuentran afiliados al ISS o de 58 si se encuentran afiliados a los fondos de pensiones, siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima y contar con quinientas (500) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del régimen al que pertenezcan.

3. Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. En el caso de los concejales, además de los requisitos anteriores, deben pertenecer a municipios de categoría 4, 5 o 6, y el subsidio se mantendrá solo por el periodo en el que se ostente la calidad de concejal, siempre y cuando el municipio en el que se ejerza dicha calidad pertenezca a alguna de las mencionadas categorías.

Parágrafo 2°. Para los discapacitados y madres comunitarias, los requisitos continuarán siendo los señalados en la Ley 1151 de 2007 y Ley 1187 de 2008, respectivamente”.

Una vez realizada la afiliación al Programa Subsidado de Aporte a la Pensión, el beneficiario debe pagar la parte del aporte que le corresponde, ya que el beneficio del subsidio es parcial y temporal, de acuerdo con lo señalado en los artículos 28 y 29 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, como puede observarse, los subsidios al aporte en pensión se encuentran íntegramente regulados, es más, es evidente la falta de necesidad de reglamentación, toda vez que el objeto del FSP, descrito en el artículo 26 de la Ley 100 de 1993, es precisamente “subsidiar los aportes al régimen ge-

neral de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como **artistas**, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional”.

De tal forma, la población de los artesanos, creadores, sabedores, productores y gestores, ya está contemplada (en el grupo de los artistas) junto con otros grupos poblacionales que poseen las mismas características de empleo o inclusive de desocupación laboral permanente, motivo por el cual no es razonable brindarles un tratamiento diferenciado, al encontrarse en la misma posición táctica que los demás trabajadores independientes a que apunta el PSAP.

Entonces, se configuraría una violación al derecho a la igualdad, al dar un trato especial o diferenciado a los artesanos, siendo que su situación se encuentra subsumida en la misma hipótesis que llevó a crear la Subcuenta de Solidaridad del FSP. Por tanto, conviene citar un extracto de las Sentencias de Constitucionalidad C-241 y C-415 de 2014, en las cuales se estudia el concepto de la igualdad de trato ante la ley:

“Se trata de tres dimensiones diferentes del principio de igualdad. La primera de ellas es la igualdad ante la ley, en virtud de la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas. Este derecho se desconoce cuando una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas. Esta dimensión del principio de igualdad garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas. Para ello se requiere la segunda dimensión, la igualdad de trato. En este caso se garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son razonables. Ahora bien, ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato garantizan que esta proteja por igual a todas las personas. Una ley, que no imponga diferencias en el trato y se aplique por igual a todos, puede sin embargo proteger de forma diferente a las personas. La igualdad de protección consagrada en la Constitución de 1991 asegura, efectivamente, “gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades” (artículo 13).

Esta dimensión del principio de igualdad, por tanto, es sustantiva y positiva. Es sustantiva porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, lo que procede es asegurar que el Estado adopte acciones para garantizar la igual protección. Para saber si esta dimensión del derecho a la igualdad ha sido violada, es preciso constatar el grado

efectivo de protección recibida a los derechos, libertades y oportunidades, y en caso de existir desigualdades, establecer si se han adoptado medidas para superar ese estado de cosas y cumplir así el mandato de la Carta Política. No basta con saber si el derecho se aplicó de forma diferente en dos casos en los que se ha debido aplicar igual o si el derecho en sí mismo establece diferencias no razonables, se requiere determinar si la protección brindada por las leyes es igual para quienes necesitan la misma protección”<sup>4</sup>. (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, no es necesario expedir reglamentación exclusiva para los artesanos y demás trabajadores vinculados con la actividad, toda vez que en el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión se encuentra incluida la población a la que pertenecen (artistas), siendo desigual establecer un trato diferente para aquellos.

Al respecto, la normatividad vigente no permite el otorgamiento de prestaciones pensionales, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley colombiana, toda vez que al proferirse la Ley 797 del 29 de enero de 2003, se reformaron algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptaron disposiciones sobre los Regímenes Pensionales Especiales. Es así como el artículo 2° literal l) de aquella norma, señaló:

*“En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo”.* (Se resalta).

Cabe mencionar que el objetivo de aquella reforma pensional fue principalmente el de la imperiosidad de construir esquemas sociales solidarios, financieramente viables y sostenibles en el tiempo, con base en la responsabilidad fiscal, equidad y la justicia retributiva, lo que conlleva a la eliminación de las prerrogativas que poseían algunos sectores de la sociedad, mediante regímenes especiales que no se sustentaban en las cotizaciones efectivamente realizadas. Esto puede afirmarse a partir de la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003:

*“La reforma pensional propuesta, busca una mayor equidad, solidaridad y viabilidad financiera de un nuevo sistema que le dé un trato igualitario a todos los colombianos, mediante la eliminación, entre otros mecanismos, de los privilegios que actualmente gozan algunos sectores por estar exceptuados de la Ley 100 de 1993 o por razón de disposiciones especiales del régimen de transición, como el presidente de la república, los congresistas, los magistrados de las altas cortes, las FF. MM. y la Policía Nacional, los docentes públicos y los trabajadores de empresas del Estado como Ecopetrol, quienes representan una minoría frente al conglomerado de los trabajadores colombianos. El nuevo proyecto tal y como se comprometió el presidente Uribe, respeta las expectativas de las personas próximas a pensionarse, los derechos adquiridos y se ajusta a las*

*condiciones fiscales del país, promoviendo mayor solidaridad y equidad para todos los colombianos.*

*El Gobierno nacional aspira a que el impacto social de estas reformas permita recuperar la confianza perdida de los ciudadanos en sus instituciones, reincorporar el sentido de solidaridad y tonificar las finanzas públicas, de manera que podamos eliminar la incertidumbre sobre el futuro de nuestros conciudadanos y, simultáneamente, ayudar a reactivar el mercado laboral.*

(...)

*Todo lo anterior debe ir acompañado de unos mecanismos que den confianza a los empleadores y trabajadores para que puedan encontrar diferentes mecanismos de participación, y el Estado, a su vez, pueda definir un sistema integral de protección social que, por su viabilidad financiera, genere tranquilidad a todos los involucrados en el desarrollo integral de nuestro país.*

*Dentro de este marco, que busca generar un sistema integral de protección y promoción del empleo, el Gobierno nacional busca introducir cambios importantes al sistema de pensiones que, acompañados de otros instrumentos que estamos trabajando, permitan recuperar la dinámica económica existente años atrás, la cual debe, indudablemente, estar precedida por sistemas que, como el pensionado, sean viables y generen una gran rentabilidad social.*

*En un Estado como el nuestro, con recursos limitados, es muy importante que antes de discutir su utilización, nos pongamos de acuerdo en los principios básicos que se deben cumplir para la destinación de los dineros públicos. Así mismo, los principios deben servir de guía para analizar la utilización que, actualmente, se le da a los recursos públicos destinados al sistema pensional vigente. Estos principios rectores son:*

*Equidad y solidaridad social.*

*Responsabilidad fiscal.*

*Justicia redistributiva.*

*A pesar de los avances logrados por la Ley 100 de 1993, el país ha experimentado importantes cambios demográficos, económicos, sociales y laborales, lo cual exige implementar nuevas modificaciones al sistema pensional para asegurar una mayor equidad social, solidaridad y responsabilidad fiscal”.*

En cuanto a las características del sistema, más adelante expuso:

*“Se mantiene el principio de libre selección de régimen consagrado en la Ley 100 de 1993, pero se le adicionan dos condiciones que permiten darle más estabilidad y sostenibilidad al sistema pensional. En primer lugar, se amplía el plazo para el cambio entre regímenes a una vez cada cinco años, y en segundo lugar, se limita este ejercicio de traslado en el tiempo, al no permitirlo durante los últimos diez años que le falten al afiliado para cumplir la edad exigida en el régimen de prima media para tener derecho a la pensión de vejez. En todo caso, se prevé una disposición transitoria para quienes ya se encuentran en esta situación.*

*Adicionalmente, se dispone que toda pensión debe fundarse en tiempos servidos o cotizados, asegurando*

*así la financiación de las mismas y eliminado privilegios injustificados”.*

Por tanto, debe tenerse en cuenta que la norma citada perteneciente a la Ley 797, no permite que en caso alguno, se sustituyan semanas de cotización o tiempos de servicio por el ‘cumplimiento de otros requisitos distintos’ o que no corresponda a tiempos de servicio efectivamente prestados o cotizados; por tanto, la prestación que se pretende atenta contra la estabilidad financiera del Fondo de Solidaridad Pensional y va en contravía del derecho a la igualdad.

Por último, no sobra recalcar la improcedencia derivada de la estipulación del inciso 3° del artículo 54 del proyecto, según la cual el beneficiario de las prestaciones de carácter pensional referidas, cederá hasta por un valor no superior al 30% de su valor a cambio de ser incluido en el “programa” pensional, desconociendo la naturaleza de los bonos pensional.

Recordemos que los bonos “*son títulos que representan en dinero lo que una persona tiene constituido en tiempo y cuantía de su pensión en una entidad o en un régimen, cuando otra entidad u otro régimen va a tomar en cuenta ese tiempo para un derecho pensional de esa persona*”<sup>3</sup>; sin embargo, aquellos se predicaban del régimen contributivo<sup>4</sup>, es decir, que no es posible que personas incluidas en el régimen subsidiado de pensiones, aparte de que se les está subsidiando la pensión, se les emita un bono pensional particionado (por el 30%) cuando no hay derecho ni capital para financiar una prestación de vejez.

#### 4. Impacto económico del proyecto de ley

Al realizar el análisis del impacto económico del proyecto se debe señalar el marco normativo que sobre la materia se encuentra vigente:

El artículo 1° del Acto Legislativo número 03 de 2011, señala:

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

3 ARENAS, MONSALVE Gerardo. El Derecho Colombiano a la Seguridad Social. 1ª edición. Editorial Legis. Bogotá, página 252.

4 El artículo 1° del Decreto número 1299 de 1994 indica lo siguiente: “*Definición y campo de aplicación.* Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

El presente decreto establece las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de negociarlos, y las condiciones de los bonos pensionales, **cuando estos deban expedirse a los afiliados del Sistema General de Pensiones que se trasladen del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad**” (Subrayado fuera de texto).

*objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público social será prioritario. (...)”.*

En relación con el impacto fiscal de las normas, el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 “*por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones*”, determina:

*“ANÁLISIS DEL IMPACTO FISCAL DE LAS NORMAS. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.*

*(...)”.*

Por su parte, la honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-623 de junio 29 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, señaló:

*“7. De igual manera, la seguridad social se encuentra prevista en el Texto Superior como un derecho económico y social, el cual según la jurisprudencia constitucional, es considerado como un derecho prestacional y programático, ya que le otorga, por una parte, a todas las personas el derecho de exigir una determinada prestación, es decir, la realización de un hecho positivo o negativo por parte del deudor consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del acreedor, y por otra, en la mayoría de los casos, requiere para su efectiva realización, la sujeción a normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio del sistema”.* (Subraya fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, se concluye que lo regulado en la iniciativa no tiene en consideración las disposiciones sobre la sostenibilidad fiscal de las normas, en la medida en la que no señala la fuente de financiación de la cual se obtendrían los recursos requeridos para la prestación que pretende establecerse para la población artesana, la cual es fundamental y relevante para evaluar el impacto fiscal de la misma, de tal forma que no se comprometa la sostenibilidad financiera del Fondo de Solidaridad Pensional.

En síntesis, conforme al artículo 7° de la Ley 819 de 2003, **todo proyecto de ley que ordene gasto debe contener un análisis del impacto fiscal, deberá hacerse explícito y debe ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo**, por lo que se tiene que incluir de manera expresa, además de los costos fiscales de la iniciativa, la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo; lo cual no fue integralmente incorporado en el proyecto que nos ocupa, pues al determinar un gasto por fuera de los contemplados para los BEPS, no se analizó su compatibilidad con el MGMP, ni la fuente de ingreso adicional.

Finalmente, y no por ello menos importante, se plantea como fuente de financiación el FSP desconociendo la sostenibilidad financiera del Fondo de Solidaridad Pensional con el cual se financian hoy los Programas de Subsidio al Aporte para Pensión y Protección Social al Adulto Mayor hoy, Colombia Mayor, respecto de lo cual es imprescindible señalar que los ingresos de la Subcuenta de Subsistencia son insuficientes para costear el valor total de subsidios dirigidos al adulto mayor, por ello ha sido necesario desde el año 2009 que de la Subcuenta de Solidaridad

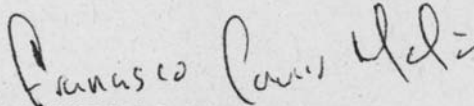
se trasladen recursos para atender los gastos del citado programa, cifra que para vigencia 2015 ascendió a \$724.757.980.767, panorama ante el cual esta Cartera ha planteado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que se requiere en el corto plazo generar una fuente adicional recurrente para la financiación de los programas que hoy están a cargo del Fondo de Solidaridad Pensional.

### Concepto

Por lo expuesto anteriormente, este viceministerio considera necesario suprimir del proyecto de ley los artículos 53 y 54, toda vez que los artesanos como población ya se encuentran cubiertos por el Fondo de Solidaridad Pensional, por lo que se considera innecesaria la regulación al subsidio al aporte en pensión, y además crea un régimen especial, lo cual está prohibido por la Carta Política.

En estos términos emito concepto al proyecto de la referencia y quedo atento a resolver cualquier duda al respecto.

Atentamente,



FRANCISCO JAVIER MEJIA  
Viceministro de Empleo y Pensiones

\* \* \*

### CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 44 DE 2016 SENADO

*por el cual se modifica el artículo 6° de la Ley 388 de 1997 y se priorizan los espacios públicos en armonía con las necesidades de niños y adolescentes y de las demás personas con protección especial del Estado.*

Bogotá, D. C.

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

Ciudad.

**Asunto: Memorando con Radicado número 2016IE0008593. Observaciones Proyecto de ley número 44 de 2016 Senado, por el cual se modifica el artículo 6° de la Ley 388 de 1997 y se priorizan los espacios públicos en armonía con las necesidades de niños y adolescentes y de las demás personas con protección especial del Estado.**

Respetado doctor Eljach:

En el marco de las competencias asignadas a este ministerio, a continuación se presentan las consideraciones de constitucionalidad y conveniencia frente al Proyecto de ley número 44 de 2016 Senado, en los siguientes términos:

En primer lugar, se debe advertir que, si bien la finalidad de este proyecto de ley es “*garantizar la implementación efectiva en los entes territoriales de espacios públicos en armonía con las necesidades de las personas de protección*

*especial por parte del Estado*”, este ministerio encuentra que sobre esta propuesta podrían realizarse algunas modificaciones, con miras a asegurar el cumplimiento de estos fines.

En efecto, este ministerio considera que al abordar el problema de déficit de espacio público, y procurar que en los procesos urbanísticos se obtenga el suelo requerido para parques, zonas verdes y equipamientos, el proyecto de ley puede ser más efectivo si se realizan los ajustes adecuados.

En concreto, la propuesta normativa dispone como objeto del ordenamiento territorial la priorización de las “necesidades de recreación y esparcimiento de niños y adolescentes y demás personas con protección especial por parte del Estado”. Además, ordena la creación del Programa Nacional de Espacio Público, con el objeto de que el DNP, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Cultura, y el Ministerio de Salud y Protección Social, establezcan una metodología de medición de indicadores cuantitativos y cualitativos de los espacios públicos, brinden asesoría técnica a los municipios y distritos en la fase de formulación de los planes de ordenamiento territorial, y hagan seguimiento al inventario y condiciones en que se encuentren estos espacios en los entes territoriales.

Con el ánimo de realizar observaciones claras y precisas, a continuación se procede a evaluar la propuesta normativa en los siguientes acápite:

#### I. Metodología de medición de indicadores cuantitativos y cualitativos del espacio público

Con respecto a la labor de establecer una metodología de medición de indicadores cuantitativos y cualitativos del espacio público que se busca poner en cabeza del DNP y otros tres ministerios, debe resaltarse que ya existe un desarrollo legal en la materia, por lo que no es claro el propósito de fondo que se pretende alcanzar con esta medida. En efecto, el artículo 2.2.3.2.5 del Decreto número 1077 de 2015 estableció que la medición del déficit cuantitativo se hará con base en un índice mínimo de espacio público efectivo, es decir, el espacio público de carácter permanente, conformado por zonas verdes, parques, plazas y plazoletas.

Ahora bien, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible ha presentado el Índice de Calidad Ambiental Urbano (ICAU), en el que se incorporan dos indicadores relacionados directamente con el espacio público, y que corresponden a: 1. Espacio Público Efectivo por Habitante, que permite calcular el espacio público existente dividido por el número de habitantes, y 2. Superficie Verde Urbana por Habitante, que señala unos parámetros para calificar la cantidad de zonas verdes divididas por la cantidad de habitantes. Además, en trabajo conjunto con el DNP, este ministerio se encuentra desarrollando indicadores enfocados a la “Calidad del Espacio Público” y al “Aporte para la disminución del déficit de espacio público efectivo per cápita”, los cuales podrían ser incorporados en la matriz de la Metodología General Ajustada (MGA), para la formulación de proyectos de inversión pública apoyados con los recursos del Sistema General de Regalías.

De esta forma, se observa que hoy en día ya existe una metodología de medición de indicadores cuantitativos del espacio público, consistente en dividir espacio público efectivo que se presenta en un territorio determinado entre la cantidad de habitantes del mismo.

Así mismo, cabe resaltar que hay parámetros vigentes para evaluar las condiciones cualitativas del espacio público: a partir de la definición de déficit cualitativo de espacio

público, contemplada por el artículo 2.2.3.2.6 del Decreto número 1077 de 2015, se obtienen los elementos y el tipo de apreciaciones que se deben tener presentes al momento de evaluar las condiciones del espacio público:

*“Artículo 2.2.3.2.6. Déficit cualitativo de espacio público. El déficit cualitativo está definido por las condiciones inadecuadas para el uso, goce y disfrute de los elementos del espacio público que satisfacen necesidades colectivas por parte de los residentes y visitantes del territorio, con especial énfasis en las situaciones de inaccesibilidad debido a condiciones de deterioro, inseguridad o imposibilidad física de acceso, cuando este se requiere, y al desequilibrio generado por las condiciones de localización de los elementos con relación a la ubicación de la población que los disfruta”. (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Así, se desprende que para determinar la existencia de déficit cualitativo o no, se deben evaluar las condiciones de idoneidad para el uso, goce y disfrute de los elementos del espacio público, teniendo presente el estado de deterioro, inseguridad, imposibilidad física de acceso y condiciones de localización respecto de la población que los disfruta. En este contexto, el proyecto normativo no es claro en indicar los nuevos parámetros que deban ser adoptados, ni sustenta la necesidad de incorporar una nueva metodología de medición de indicadores cuantitativos o cualitativos.

## II. Asesoría técnica a municipios y distritos

Por otro lado, en relación a la obligación de brindar asesoría a las entidades territoriales, es necesario advertir que este ministerio ya cuenta con tales competencias. En el marco de las funciones establecidas por el artículo 1° del Decreto Ley 3571 de 2011 para el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio<sup>3</sup>, y específicamente las impuestas por el artículo 18<sup>4</sup>, esta entidad, a través de la Subdirección de Asistencia Técnica y Operaciones Urbanas Integrales, asesora técnicamente a los municipios y distritos en la fase de formulación e implementación de los POT y los proyectos de generación y adecuación del espacio público a desarrollar con recursos del Sistema General de Regalías. De igual forma, aconseja en aspectos relacionados

3 *“Artículo 1°. Objetivo. El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio tendrá como objetivo primordial lograr, en el marco de la ley y sus competencias, formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública, planes y proyectos en materia del desarrollo territorial y urbano planificado del país, la consolidación del sistema de ciudades, con patrones de uso eficiente y sostenible del suelo, teniendo en cuenta las condiciones de acceso y financiación de vivienda, y de prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico”. (Negrilla y subraya fuera del texto).*

4 *“Artículo 18. Subdirección de Asistencia Técnica y Operaciones Urbanas Integrales. Son funciones de la Subdirección de Asistencia Técnica y Operaciones Urbanas Integrales, las siguientes: (...) 2. Diseñar y ejecutar estrategias para acompañar técnicamente a las entidades territoriales y otras entidades públicas en los procesos relacionados con la formulación e implementación, en lo de su competencia, de planes de ordenamiento territorial, normas urbanísticas de uso del suelo y tratamientos urbanísticos de renovación urbana, consolidación, desarrollo, mejoramiento integral y conservación; así como de los instrumentos de planeación, gestión y financiación que desarrollan y complementan el plan de ordenamiento territorial”.*

con planeación, diseño, construcción, mantenimiento, administración y recuperación del espacio público.

Bajo esta dinámica, el ministerio ha realizado talleres de asistencia técnica sobre la revisión y ajuste del POT, haciendo énfasis en las maneras adecuadas de incorporar y proteger los espacios públicos, la forma de implementación de estos instrumentos de ordenamiento territorial, y la formulación de proyectos de espacio público que serán financiados con recursos del Sistema General de Regalías. Vale la pena destacar también, que este ministerio ha participado en el diseño de documentos de política para el espacio público, como el Conpes 3718 de 2012 –Política Nacional de Espacio Público–, entre otros.

## III. Marco normativo vigente

Ahora bien, es importante resaltar que en el actual marco normativo ya existen normas que buscan reducir el déficit de espacio público que se presenta hoy en día. En este sentido, es posible encontrar disposiciones de carácter general como las que se pretenden imponer en el proyecto de ley bajo estudio, y que buscan dictar lineamientos para el diseño de los instrumentos de ordenamiento de las entidades territoriales; normas que establecen limitantes sobre las acciones que se pueden desarrollar en los espacios públicos; y normas que generan fuentes de financiamiento para desarrollar los proyectos urbanísticos necesarios para mejorar el espacio público.

Así, por ejemplo, el objeto de la Ley 388 de 1997, expuesto en su artículo 1°, señala:

*“Artículo 1°. Objetivos. La presente ley tiene por objetivos:*

*(...)*

*3. Garantizar que la utilización del suelo, por parte de sus propietarios, se ajuste a la función social de la propiedad y permita hacer efectivos los derechos constitucionales a la vivienda y a los servicios públicos domiciliarios, y velar por la creación y la defensa del espacio público, así como por la protección del medio ambiente y la prevención de desastres”. (Negrilla y subraya fuera del texto original).*

En desarrollo de lo anterior, el artículo 37 de la Ley 388 de 1997 dispone que los municipios y distritos impondrán las cesiones urbanísticas a las que habrá lugar en cada actuación urbanística:

*“Artículo 37. Espacio público en actuaciones urbanísticas. Las reglamentaciones distritales o municipales determinarán, para las diferentes actuaciones urbanísticas, las cesiones gratuitas que los propietarios de inmuebles deben hacer con destino a vías locales, equipamientos colectivos y espacio público en general, y señalarán el régimen de permisos y licencias a que se deben someter, así como las sanciones aplicables a los infractores, a fin de garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo XI de esta ley.*

*También deberán especificar, si es el caso, las afectaciones a que estén sometidos por efectos de reservas de terreno para construcción de infraestructura vial, de transporte, redes matrices y otros servicios de carácter urbano o metropolitano. Para las actuaciones que lo requieran como la urbanización en terrenos de expansión y la urbanización o construcción en terrenos con tratamientos de renovación urbana, deberá señalarse el procedimiento previo para establecer la factibilidad de extender o ampliar las redes de servicios públicos, la infraestructura*

vial y la dotación adicional de espacio público, así como los procesos o instrumentos mediante los cuales se garantizará su realización efectiva y la equitativa distribución de cargas y beneficios derivados de la correspondiente actuación”.

De conformidad con lo anterior, el artículo 2.2.3.3.9 del Decreto 1077 de 2015 señala:

**“Artículo 2.2.3.3.9. Áreas de cesión pública y espacio público.** Además de lo dispuesto en el artículo 2.2.6.1.4.5 del presente decreto o las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan, para la determinación y configuración de las áreas de cesión pública, en las licencias de urbanización y en los proyectos urbanísticos generales se deberá garantizar la continuidad de la red vial y de las áreas de espacio público destinadas a parques, plazas y zonas verdes con las redes viales existentes o proyectadas y/o con las áreas de cesión obligatoria existentes o autorizadas en las licencias vigentes en predios colindantes”.

Además, el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1077 de 2015 establece lo siguiente respecto de la importancia que se le debe dar al espacio público en los Planes de Ordenamiento Territorial:

**“Artículo 2.2.3.2.1. Elemento estructural del plan de ordenamiento territorial.** El espacio público es el elemento articulador y estructurante fundamental del espacio en la ciudad, así como el regulador de las condiciones ambientales de la misma, y por lo tanto se constituye en uno de los principales elementos estructurales de los Planes de Ordenamiento Territorial”.

A su vez, el artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1077 de 2015 dicta:

**“Artículo 2.2.3.1.1. Protección del espacio público.** Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”.

Bajo estos parámetros el numeral 4 del artículo 2.2.2.1.2.1.1, y el numeral 5 del artículo 2.2.2.1.2.2.2 del Decreto 1077 de 2015, establecen la obligación de indicar en los Planes de Ordenamiento Territorial y en los Planes Básicos de Ordenamiento Territorial los equipamientos a los que habrá lugar en el correspondiente territorio.

Por otro lado, el artículo 73 de la Ley 388 de 1997 establece el tributo de la participación en la plusvalía con el fin de sufragar el mejoramiento del espacio público y de la calidad urbanística del territorio municipal o distrital, entre otros:

**“Artículo 73. Noción.** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 de la Constitución Política, las acciones urbanísticas que regulan la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano incrementando su aprovechamiento, generan beneficios que dan derecho a las entidades públicas a participar en las plusvalías resultantes de dichas acciones. Esta participación se destinará a la defensa y fomento del interés común a través de acciones y operaciones encaminadas, a distribuir y sufragar equitativamente los costos del desarrollo urbano, así como al mejoramiento del espacio público y, en general, de la calidad urbanística del territorio municipal o distrital” (subraya y negrilla fuera del texto original).

Así, la ley proporciona fuentes económicas con base en las cuales se puede financiar la creación de espacio público y las reparaciones y mantenimientos que este requiera.

No obstante, no puede perderse de vista que ninguna de estas normas impone unas prioridades bajo las cuales deben actuar las autoridades municipales. En efecto, corresponde a los Concejos Municipales o Distritales reglamentar los usos del suelo en los términos que encuentren adecuados a las necesidades de la población:

**“Artículo 313. Corresponde a los concejos:**

(...)

7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”.

Con base en esto y atendiendo a la autonomía territorial operante en el país, no podría el legislador dictar una serie de prioridades o estrategias a seguir por parte de las entidades territoriales en el desarrollo de sus funciones de ordenamiento territorial. Sobre este punto, la Corte Constitucional en Sentencia C-535 de 1996 ha dispuesto:

*Por ello la autonomía de la que gozan las diferentes entidades territoriales no es un mero traspaso de funciones y responsabilidades del centro a la periferia sino que se manifiesta como un poder de dirección política, que le es atribuido a cada localidad por la comunidad a través del principio democrático, y en especial al municipio que se constituye en la entidad territorial fundamental de la división político-administrativa del Estado (CP. artículo 311). De esa manera se busca la gestión eficiente de los intereses propios, ya que el municipio es el ente idóneo para solucionar los problemas locales en la medida en que conoce realmente las necesidades a satisfacer, y tiene el interés para hacerlo por hallarse en una relación cercana con la comunidad. Así al acercar la acción estatal al ciudadano, se fortalece la legitimidad a través de la gestión territorial.*

De esta manera, se concluye que dentro del sistema normativo que opera actualmente ya se contemplan una serie de medidas que buscan proteger el espacio público, por lo que se invita a explorar nuevas posibilidades concretas que se puedan ofrecer a través del proyecto de ley.

#### IV. ADECUACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO PARA PERSONAS EN ESTADO DE DISCAPACIDAD

En relación a la priorización de las necesidades de recreación y esparcimiento de las personas con protección especial por parte del Estado, el texto del proyecto de ley podría ser más claro respecto a su alcance, y especificar el sector de la población a la que esto deba entenderse.

En todo caso, se destaca que el marco normativo vigente ya dispone la necesidad de adecuar los espacios públicos para brindar las facilidades de acceso que la población con dificultades de movilización pueda requerir:

**“Artículo 14. Acceso y accesibilidad.** Como manifestación directa de la igualdad material y con el objetivo de fomentar la vida autónoma e independiente de las personas con discapacidad, las entidades del orden nacional, departamental, distrital y local garantizarán el acceso de estas personas, en igualdad de condiciones, al entorno físico, al transporte, a la información y a las comunicaciones, incluidos los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, el espacio público, los bienes



públicos, los lugares abiertos al público y los servicios públicos, tanto en zonas urbanas como rurales. Para garantizarlo se adoptarán las siguientes medidas:

(...)

3. Las entidades municipales y distritales, con el apoyo del gobierno departamental y nacional, y respetando la autonomía de cada región, deberán diseñar, en un término no mayor a 1 año; un plan de adecuación de vías y espacios públicos, así como de accesibilidad al espacio público y a los bienes públicos de su circunscripción. En dicho plan deberán fijarse los ajustes razonables necesarios para avanzar progresivamente en la inclusión de las personas con discapacidad, establecer un presupuesto y un cronograma que, en no más de 10 años, permita avanzar en niveles de accesibilidad del 80% como mínimo. Dicho plan deberá fijar los criterios de diseño universal que deberán ser acatados en todas las obras públicas y privadas de la entidad pública a partir de su adopción.

(...)

9. Las entidades de educación superior adecuarán sus campus o instalaciones para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad.

10. Los teatros, auditorios, cines y espacios culturales destinados para eventos públicos, adecuarán sus instalaciones para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad.

11. Dar efectivo cumplimiento a la normativa sobre accesibilidad en escenarios deportivos, recreativos y culturales en la construcción o adecuación de las obras existentes o por realizar”.

– En el mismo sentido se pronuncia el artículo 2.2.3.4.2 del Decreto 1077 de 2015:

**“Artículo 2.2.3.4.2. Accesibilidad en el espacio público.** El espacio público debe planearse, diseñarse, construirse y adecuarse de tal manera que facilite la accesibilidad a las personas con movilidad reducida, sea esta temporal o permanente; o cuya capacidad de orientación se encuentre disminuida por la edad, analfabetismo, limitación o enfermedad, de conformidad con las normas establecidas en la Ley 361 de 1997 y aquellas que la reglamenten”<sup>5</sup>.

Todo lo anterior se materializa en una serie de normas que indican la manera en que se debe planear construir y adecuar el espacio público. Por ejemplo, el artículo 2.2.3.4.1.1 del Decreto 1077 de 2015 dicta lo siguiente:

**“Artículo 2.2.3.4.1.1. Accesibilidad al espacio público.** Los elementos del espacio público deberán ser diseñados y construidos dando cumplimiento a los siguientes parámetros:

(...)

1.4. Sobre la superficie correspondiente a la franja de circulación peatonal se debe diseñar y construir una guía de diferente textura al material de la superficie de la vía de circulación peatonal que oriente el desplazamiento de las personas invidentes o de baja visión.

(...)

1.5. Para garantizar la continuidad de la circulación peatonal sobre la cebra, en los separadores viales se salvarán los desniveles existentes con vados o nivelando el separador con la calzada.

(...)

1.8. Se deberán eliminar todos los elementos y estructuras que obstaculicen la continuidad de la franja de circulación peatonal.

(...)

2.2. Los elementos del mobiliario urbano instalados a lo largo de las vías peatonales, deben ser fácilmente detectables por todas las personas, en especial por las personas invidentes o de baja visión, para ello se instalará una franja sobre la superficie del piso de diferente textura al material de la superficie del andén.

(...)

3.2. Los puentes peatonales deberán contar con un sistema de acceso de rampas. Si en el espacio en el que está prevista la construcción de un puente peatonal no se puede desarrollar las soluciones de acceso peatonal mediante rampas, se deberá instalar un sistema alternativo eficiente que cumpla la misma función y que garantice el acceso autónomo de las personas con movilidad reducida.

(...)

3.3. Los puentes peatonales deberán contar con un bordillo contenedor a largo de toda su extensión para prevenir que las ruedas de los coches, sillas de ruedas, entre otras, se salgan de los límites de este. Además deben contar con elementos de protección como barandas y pasamanos que garanticen la circulación segura de los usuarios.

(...)

3.5. Al inicio de los cruces a desnivel se debe diseñar y construir un cambio de textura en el piso que permita la detección de los mismos por parte de los invidentes o de las personas de baja visión.

De igual forma, el artículo 2.2.3.4.2.1 del Decreto 1077 de 2015 indica las características con las que los edificios abiertos al público deben contar para brindar una mayor accesibilidad a este sector de la población:

**“Artículo 2.2.3.4.2.1 Características de los edificios abiertos al público.** Para el diseño, construcción o adecuación de los edificios de uso público, en general, se dará cumplimiento a los siguientes parámetros de accesibilidad:

1. Acceso a las edificaciones

1.1. Se permitirá el acceso de perros guía, sillas de ruedas, bastones y demás elementos o ayudas necesarias, por parte de las personas que presenten dificultad o limitación para su movilidad y desplazamiento.

1.2. Se dispondrá de sistemas de guías e información para las personas invidentes o con visión disminuida que facilite y agilice su desplazamiento seguro y efectivo.

2. Entorno de las edificaciones.

2.1. Las hojas de las ventanas del primer piso, que colinden con andenes o sendas peatonales, no podrán abrir hacia afuera.

2.2. Los desniveles que se presenten en edificios de uso público, desde el andén hasta el acceso del mismo, deben ser superados por medio de vados, rampas o similares.

2.3. Cuando se trate de un conjunto de edificios o instalaciones de uso público, deberá garantizarse por lo menos que una de las rutas peatonales que los unan entre sí

<sup>5</sup> Decreto 1077 de 2015, artículo 2.2.3.4.2

y con la vía pública, se construya según las condiciones establecidas en el Capítulo Segundo de este decreto.

3. Acceso al interior de las edificaciones de uso público.

3.1. Al menos uno de los accesos al interior de la edificación, debe ser construido de tal forma que permita el ingreso de personas con algún tipo de movilidad reducida y deberá contar con un ancho mínimo que garantice la libre circulación de una persona en silla de ruedas.

3.2. Cuando el diseño contemple ascensores, el ancho de los mismos debe garantizar el libre acceso y maniobrabilidad de las personas con movilidad reducida y/o en sillas de ruedas.

3.3. Las puertas principales de acceso a toda construcción, sea esa pública o privada, se deberán abrir hacia el exterior o en ambos sentidos, deberán así mismo contar con manijas automáticas al empujar. En ningún caso, pueden invadir las áreas de circulación peatonal.

3.4. Las puertas de vidrio siempre llevarán franjas anaranjadas o blanco fluorescente a la altura indicada.

3.5. En caso de que el acceso al inmueble se haga mediante puertas giratorias, torniquetes o similares, que dificulten el tránsito de las personas en sillas de ruedas o con movilidad reducida, se deberá disponer de un acceso alterno que les facilite su ingreso.

3.6. Todas las puertas contarán con mecanismos de fácil apertura manual para garantizar una segura y fácil evacuación en cualquier emergencia, incluyendo los sistemas de apertura eléctricos y de sensores. Para tal efecto, todos los niveles de la edificación contarán con planos de ruta de emergencia y la señalización de emergencia de acuerdo con los parámetros adoptados por el Ministerio de Salud.

3.7. Se dispondrá de al menos un servicio sanitario accesible.

4. Espacios de recepción o vestíbulo.

4.1. El área que ocupe el mobiliario de recepción debe ser independiente del área de circulación.

4.2. En las salas de espera o descanso, se dispondrán espacios para los usuarios en silla de ruedas, que permitan su permanencia sin obstruir las zonas de circulación.

4.3. Las edificaciones de uso público que dispongan de áreas para la espera o estancia de personas y que colinden con vacíos sobre otros niveles, deberán garantizar la seguridad a través de la construcción de protecciones como muros, rejas o barandas sólidas.

Parágrafo. Además de lo dispuesto en el presente artículo, serán de obligatoria aplicación, en lo pertinente, las siguientes Normas Técnicas Colombianas para el diseño, construcción o adecuación de los edificios de uso público (...).

Estas consideraciones también deberán ser tenidas en cuenta en la construcción de viviendas:

**“Artículo 2.2.3.4.2.2, Accesibilidad a edificaciones para vivienda.** Independientemente de lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 29 de la Ley 546 de 1999, subrogado por el parágrafo 3° del artículo 1° de la Ley 1114 de 2006, para el diseño y construcción de vivienda nueva, se dará aplicación en lo pertinente, a las normas técnicas previstas en el artículo anterior.

Parágrafo 1°. En los eventos de vivienda multifamiliar o bifamiliar, al menos uno de los accesos a la edificación debe ser construido de tal forma, que permita el ingreso de personas con algún tipo de movilidad reducida.

Parágrafo 2°. Cuando se trate de un conjunto residencial de una o varias edificaciones, las rutas peatonales deben cumplir las condiciones de accesibilidad establecidas en la presente sección, a fin de que se asegure la conexión de la vía pública con los salones comunales y las zonas comunes destinadas a la recreación y deporte del conjunto o agrupación (...).

Así mismo, el Decreto 1077 de 2015 ha señalado ciertas condiciones en relación a la destinación y adecuación de parqueaderos para personas con movilidad reducida:

**“Artículo 2.2.3.4.3.1. Reserva de estacionamientos accesibles en zonas de parqueo.** En todos los sitios abiertos al público como edificios de uso público, centros comerciales, nuevas urbanizaciones y unidades residenciales y, en general, en todo sitio donde existan parqueaderos habilitados para visitantes, se dispondrá de sitios de parqueo para personas con movilidad reducida, debidamente señalizados y con las dimensiones internacionales.

En estos espacios se garantizará como mínimo un porcentaje equivalente al dos por ciento (2%) del total de parqueaderos habilitados. En ningún caso, podrá haber menos de un (1) espacio habilitado, debidamente señalado con el símbolo gráfico de accesibilidad.

Parágrafo. Las autoridades municipales y distritales competentes, determinarán en las normas urbanísticas del Plan de Ordenamiento Territorial, la reserva para estacionamientos accesibles, contiguos a todo centro de interés público, sea este de tipo administrativo, comercial, cultural, recreativo, deportivo, o de servicios; dicha reserva no podrá ser menor de 2 estacionamientos por cada 100”.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley 1287 de 2009:

**“Artículo 3°. Con el fin de garantizar la movilidad de las personas con movilidad reducida, las autoridades municipales y distritales autorizarán la construcción de las bahías de estacionamiento y dispondrán en los sitios donde ellas existan, así como en los hospitales, clínicas, instituciones prestadoras de salud, instituciones financieras, centros comerciales, supermercados, empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, parques, unidades residenciales, nuevas urbanizaciones, edificaciones destinadas a espectáculos públicos, unidades deportivas, autocinemas, centros educativos, edificios públicos y privados, de sitios de parqueo debidamente señalizados y demarcados para personas con algún tipo de discapacidad y/o movilidad reducida, o cuya capacidad de orientación se encuentre disminuida por razón de la edad o enfermedad, con las dimensiones internacionales en un porcentaje mínimo equivalente al dos por ciento (2%) del total de parqueaderos habilitados. En ningún caso podrá haber menos de un (1) espacio habilitado, debidamente señalado con el símbolo internacional de accesibilidad, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1660 del 2003 (...).”**

En estos términos, se recomienda modificar el proyecto para establecer un régimen novedoso que conceda ventajas frente a las normas vigentes para la población con especial protección, en relación a la satisfacción de las necesidades de recreación y esparcimiento que esta posee.

## V. AUTONOMÍA TERRITORIAL

A pesar de todo el marco legal existente que ahora se describe, por el que se busca establecer parámetros a tener presentes durante el ejercicio de planeación territorial de las diferentes entidades territoriales, no se puede perder de vista que estas son autónomas para la gestión de sus intereses, de conformidad con lo señalado en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454 de 2011):

**“Artículo 2º. Concepto y finalidad del ordenamiento territorial.** (...)La finalidad del ordenamiento territorial es promover el aumento de la capacidad de descentralización, planeación, gestión y administración de sus propios intereses para las entidades e instancias de integración territorial, fomentará el traslado de competencias y poder de decisión de los órganos centrales o descentralizados del gobierno en el orden nacional hacia el nivel territorial pertinente, con la correspondiente asignación de recursos. El ordenamiento territorial propiciará las condiciones para concertar políticas públicas entre la Nación y las entidades territoriales, con reconocimiento de la diversidad geográfica, histórica, económica, ambiental, étnica y cultural e identidad regional y nacional.

*Parágrafo nuevo.* En virtud de su finalidad y objeto, la ley orgánica de ordenamiento territorial constituye un marco normativo general de principios rectores, que deben ser desarrollados y aplicados por el legislador en cada materia específica, para departamentos, municipios, entidades territoriales indígenas y demás normas que afecten; reformen o modifiquen la organización político-administrativa del Estado en el territorio.

**Artículo 3º. Principios rectores del ordenamiento territorial.** Son principios del proceso de ordenamiento territorial entre otros los siguientes:

(...)

2. Autonomía. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley” (negrilla y subraya fuera del texto original).

Bajo estas condiciones, no es viable establecer un régimen predeterminado de prioridades que deba ser respetado por las entidades territoriales en el ejercicio de sus funciones de planeación territorial, como el que se pretende en el proyecto de ley. En desarrollo de estas premisas, el legislador ha reconocido expresamente estas competencias a las entidades territoriales:

**“Artículo 13. Componente urbano del plan de ordenamiento.** El componente urbano del plan de ordenamiento territorial es un instrumento para la administración del desarrollo y la ocupación del espacio físico clasificado como suelo urbano y suelo de expansión urbana, que integra políticas de mediano y corto plazo, procedimientos e instrumentos de gestión y normas urbanísticas.

*Este componente deberá contener por lo menos:*

(...)

6. Las estrategias de crecimiento y reordenamiento de la ciudad, definiendo sus prioridades, y los criterios, directrices y parámetros para la identificación y declaración de los inmuebles y terrenos de desarrollo o construcción prioritaria”<sup>6</sup>.

6 Ley 388 de 1997.

Esta postura es defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al señalar que las entidades territoriales son las más idóneas para satisfacer sus intereses de la mejor manera posible:

*“La fuerza de la argumentación a favor de la autonomía regional, seccional y local radica en el nexo con el principio democrático y en el hecho incontrovertible de ser las autoridades locales las que mejor conocen las necesidades a satisfacer, las que están en contacto más íntimo con la comunidad y, sobre todo, las que tienen en últimas el interés, así sea político, de solucionar los problemas locales. Es el autointerés operando, con tanta eficiencia como puede esperarse que lo haga el de cualquier actor económico en la economía de mercado. Cada departamento o municipio será el agente más idóneo para solucionar las necesidades y problemas de su respectivo nivel. Por esto el artículo 287 habla de la “gestión de sus intereses”. Y esa es la razón por la cual se considera al municipio la piedra angular del edificio territorial del Estado (artículo 311 C.P.)”<sup>7</sup>.*

Bajo este entendido, establecer las prioridades bajo las que los municipios desarrollarán sus funciones de planeación resulta invasivo a sus competencias por parte del legislador, sin perjuicio de los parámetros que este pueda imponer sin entrometerse en la manera como deban gestionar sus intereses.

## VI. COMPETENCIAS DE REGLAMENTACIÓN

Por último, cabe destacar que el plazo de reglamentación impuesto al Gobierno nacional por el artículo 3º del proyecto de ley resulta inconstitucional de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

*“Respecto del primer tópico, debe la Sala recordar cómo la jurisprudencia constitucional ha insistido en que someter la potestad reglamentaria a una limitación de orden temporal significa desconocer lo establecido en el artículo 189 numeral 11, Superior. Según lo previsto en el referido precepto constitucional, la potestad reglamentaria no solo radica en cabeza del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa sino que el Presidente conserva dicha potestad durante todo el tiempo de vigencia de la ley con el fin de asegurar su cumplida ejecución. En otras palabras el legislador no puede someter a ningún plazo el ejercicio de la potestad reglamentaria”.*

Con base en las anteriores consideraciones, este Ministerio recomienda ajustar el texto del proyecto para ofrecer herramientas concretas que contribuyan a solucionar las problemáticas de ordenamiento del territorio que actualmente se presentan.

Atentamente,

**ALEJANDRO QUINTERO ROMERO**  
Viceministro de Vivienda (E)

Revisó: C. Hernández.  
Consolidó: C. González.

\* \* \*

7 Sentencia C-478 del 6 de agosto de 1992. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

**CONCEPTO JURÍDICO DE LAS NACIONES UNIDAS OFICINA DEL ALTO COMISIONADO AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 02 DE 2016 CÁMARA, ACUMULADO CON EL PROYECTO DEL ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 03 DE 2016 CÁMARA**

Ref.: DRP/9/17/CB

Bogotá, D. C., 23 de enero de 2017

Honorable Senador

Reciba un cordial saludo de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-Derechos Humanos).



Conscientes de los desafíos que implica la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, nuestra Oficina saluda los esfuerzos para poner en marcha los mecanismos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) por medio de su reglamentación.

En virtud del mandato de asesoría técnica al Poder Legislativo para promover el cumplimiento con los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, me dirijo a usted honorable Senador Óscar Mauricio Lizcano Arango, para presentarle las observaciones generales en relación con el contenido del Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2016 Cámara, acumulado con el Proyecto del Acto Legislativo número 03 de 2016 Cámara; que se tramita mediante el procedimiento legislativo especial para la paz.

La ONU-Derechos Humanos está en disposición de brindar mayor información y asistencia técnica a su despacho sobre las materias aquí comentadas y los demás proyectos normativos que se desarrollen en el marco del procedimiento legislativo especial para la paz.

Cordialmente,

Cordialmente,

  
  
**Todd Howland**  
 Representante  
 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Honorable Senador

Óscar Mauricio Lizcano Arango

Senado República de Colombia

Edificio Nuevo del Congreso

Carrera 7 # 8-68

Bogotá, D. C.

**Comentarios de la ONU-Derechos Humanos al Proyecto de Acto Legislativo**

*“por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, y se dictan otras disposiciones”.*

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-Derechos Humanos), saluda los esfuerzos para poner en marcha los mecanismos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), por medio de su reglamentación. Los retos de

llevar a la práctica lo pactado en el acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (acuerdo final), son inmensos. La ONU-Derechos Humanos debe cumplir con el mandato de brindar asesoría técnica oportuna al Poder Legislativo para promover el cumplimiento con los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos. En este marco, la ONU-Derechos Humanos formula las siguientes observaciones generales en relación con el contenido del **Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2016 Cámara, acumulado con el Proyecto del Acto Legislativo número 03 de 2016 Cámara**, que se tramita mediante el procedimiento legislativo especial para la paz.

Esta iniciativa de modificación constitucional busca regular materia muy sensible, que acarrea riesgos en relación con el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos. La ONU-Derechos Humanos acompaña de manera decidida la adopción y puesta en marcha del SIVJRNR; lo hace bajo el convencimiento de la conveniencia de adoptar medidas idóneas para encarar la negación de las violaciones del pasado y promover un proceso robusto de rendición de cuentas en relación con su comisión y posible encubrimiento. En aras de la brevedad y la urgencia que asume este trámite, estos comentarios se concentran exclusivamente en los aspectos más problemáticos del articulado.

**1. El proyecto de acto legislativo debe respetar el contenido y la lógica del Derecho Internacional Público para lograr su adecuada incorporación en el régimen nacional**

El régimen constitucional colombiano acoge el Derecho Internacional Público, tanto en el texto de la Carta Política (artículos 9, 53, 93, 94 y 214) como en la práctica de sus órganos jurisdiccionales. Los principios internacionales de protección de la persona humana, consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), deben ser utilizados de manera coherente y consistente con el régimen internacional de protección. El proceso de paz y la utilización de herramientas de justicia transicional deben ser aprovechados para consolidar el Estado de derecho y robustecer las garantías de protección a los Derechos Humanos. En ningún caso, puede justificarse un debilitamiento o una relativización del régimen internacional de protección en aras de la paz. Colombia tiene una gran oportunidad para consolidar el Estado de derecho y lograr el consecuente cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Las disposiciones transitorias que se pretenden adicionar a la Constitución deben sujetarse a parámetros estrictos de control, y no deben ser contrarias ni deben devaluar los principios del Estado de derecho ni los principios internacionales de protección de los Derechos Humanos<sup>3</sup>. La ONU-Derechos Humanos llama la atención sobre cuatro cuestiones relacionadas con el Derecho Internacional Público contenidas en el proyecto de acto legislativo, que son contrarias a las

<sup>3</sup> Enfatizando esta relación, el Secretario General de la ONU definió que: “Las iniciativas relacionadas con la justicia de transición fomentan la rendición de cuentas, refuerzan el respeto por los Derechos Humanos y son cruciales para generar los fuertes niveles de confianza cívica que son necesarios para impulsar la reforma del Estado de derecho, el desarrollo económico y la gobernanza democrática”. ONU, Consejo de Seguridad, el Estado de derecho y justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General, S/2011/634, 12 de octubre de 2011, párr. 17.

obligaciones internacionales del Estado o generan un alto riesgo de incumplimiento.

### **1.1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), aplica tanto en tiempos de paz como en tiempos de conflicto armado; el Proyecto de Acto Legislativo debe reflejar el compromiso del Estado colombiano con el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos**

El DIDH es una rama del Derecho Internacional Público que aplica tanto en tiempos de paz como en tiempos de excepción y alteración del orden público (incluyendo un conflicto armado de carácter internacional). Ciertamente según condiciones estrictas, los Estados pueden limitar el ejercicio de algunos derechos; pero ni la declaratoria formal de un Estado de excepción ni la existencia de un conflicto armado, de carácter no internacional toman nulatoria la protección que brinda el DIDH a los ciudadanos de un Estado. Por esta razón, y acorde con las disposiciones constitucionales señaladas, el Proyecto de Acto Legislativo debe ser revisado para reflejar adecuadamente la vigencia del DIDH en todo momento.

#### **Recomendaciones**

- Para asegurar la centralidad del DIDH, debería agregarse un principio rector de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), en el marco del artículo transitorio 5 del proyecto, que establezca: “Todos los órganos de la JEP cumplirán con el deber de respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos, de acuerdo a las obligaciones internacionales del Estado”. De lo contrario, esta reforma podría incurrir en una sustitución de uno de los pilares de la Constitución en relación con el compromiso de respeto a los Derechos Humanos (artículo 93).

- Asimismo, y de manera concordante con lo expuesto en el siguiente punto, debe ser revisada la redacción del artículo transitorio 21 del proyecto para incluir explícitamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

### **1.2. El Derecho Internacional Humanitario (DIH), aplicable al conflicto armado colombiano debe derivarse de las fuentes autorizadas según el Derecho Internacional Público y limitarse a las normas aplicables a conflictos armados de carácter no internacional. Las reglas operacionales de la Fuerza Pública son doctrina militar, no son derecho**

El DIH es una rama del derecho internacional público que busca brindar protección a las personas en tiempos de conflicto armado. Particularmente, en el marco de conflictos armados de carácter no internacional, el DIH consagra una serie de prohibiciones para proteger a quienes no participan activamente en las hostilidades. El DIH aplicable a conflictos armados de carácter no internacional se encuentra consagrado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y en el Protocolo II adicional a esos convenios; asimismo, varias normas se derivan del derecho consuetudinario. Cabe enfatizar que las normas aplicables a un conflicto como el colombiano son aquellas aplicables a conflictos armados de carácter no internacional y que las normas aplicables a conflictos armados de carácter internacional no son necesariamente aplicables por analogía.

La determinación del contenido de las normas positivas y consuetudinarias del DIH aplicables a conflictos armados de carácter no internacional es un ejercicio complejo que debe respetar las reglas generales del Derecho Internacional Público y basarse en las fuentes de derecho autorizadas.

Las pautas que hoy en día están incorporadas en las denominadas “reglas operacionales de la Fuerza Pública” son reflejo de la doctrina militar -cambiante en el tiempo- y no son fuente de derecho ni tienen valor jurídico. Elevarlas a rango constitucional, como referente normativo o interpretativo, es un error que distorsiona el régimen internacional de protección. El estándar constitucional de protección que se deriva del DIH no puede ser suplantado por doctrina militar.

#### **Recomendaciones**

- Suprimir cualquier mención a las reglas operacionales de la Fuerza Pública” como referente para la calificación de las conductas (artículo 19).

- Suprimir cualquier mención a “las reglas operacionales de la Fuerza Pública” como fuente de la determinación de la responsabilidad penal de los miembros de la Fuerza Pública (artículo 21 del proyecto).

### **1.3. Tanto el Derecho Internacional Humanitario como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos deben ser fuente de derecho y ser utilizados de manera complementaria por los operadores de la JEP para evaluar todos los casos que involucren a miembros de la Fuerza Pública**

La regla *lex specialis derogat legi generali* es una pauta de interpretación y no una fórmula que anula la vigencia de una rama del Derecho Internacional sobre otra. El contenido de la regla *lex specialis* y su aplicación han sido clarificadas tanto por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como por la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional<sup>4</sup>. No se trata de una regla que impone el DIH sobre el DIDH en tiempos de conflicto armado. Se trata de una regla que busca resolver un conflicto entre normas cuando estas colisionan, o brindar una pauta de interpretación. Si no existe colisión y el juez (o el operador) puede interpretar las normas de tal manera que exista conformidad o armonía, debe proceder en ese sentido sin acudir a la regla de *lex specialis*. De hecho, la práctica internacional demanda la aplicación concomitante de ambas ramas del Derecho Internacional con el fin de brindar la más amplia protección a la persona humana. Esta aplicación complementaria es especialmente pertinente en una situación de conflicto armado de carácter no internacional, en la cual el Estado no puede renunciar a sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos en relación con los ciudadanos y demás habitantes del territorio sobre el cual ejerce jurisdicción.

#### **Recomendaciones**

- Consecuentemente, debe corregirse el artículo transitorio 21 del proyecto, suprimiendo la mención a la noción del DIH como *lex specialis*.

- En todo caso, debe incorporarse, en este mismo artículo, una mención al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), como una fuente de derecho para determinar la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido por la Corte.

<sup>4</sup> Véase UN, International Law Commission, *Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, “Principio 2 (5), On the maxim *lex specialis derogat legi generali*” (2006), disponible en: [http://legal.un.org/ilc/texts/1\\_9.shtml](http://legal.un.org/ilc/texts/1_9.shtml). Asimismo, véase, International Court of Justice, Judgment, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda), 19 December 2005, para. 216-219.

**1.4. La definición de “responsabilidad de mando” y los criterios para determinarla en casos que involucran a miembros de la Fuerza Pública, contenidos en el artículo transitorio 21 del proyecto, no cumplen con los estándares internacionales**

El uso del concepto de responsabilidad del superior debe hacerse bajo estricto acatamiento del Derecho Internacional. Esta noción ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina internacionales. Se trata de una noción con antecedentes remotos; su desarrollo moderno parte de la aplicación de la regla general por los tribunales militares que juzgaron algunos de los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Decisiones judiciales, como las adoptadas en el caso Yamashita<sup>5</sup> o en el caso de los altos mandos por el tribunal de Núremberg<sup>6</sup>, son antecedentes que deben ser considerados. Ha sido plasmada como norma positiva en el DIH aplicable a conflictos armados de carácter internacional<sup>7</sup>. La responsabilidad de los superiores por crímenes de guerra cometidos por sus subordinados es considerada como una norma consuetudinaria, también aplicable a crímenes de guerra cometidos en conflictos armados de carácter no internacional.<sup>8</sup> El Tribunal Penal *ad hoc* para la ex Yugoslavia desarrolló este concepto, en el marco de la aplicación del Derecho Penal Internacional<sup>6</sup>. Finalmente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional -ratificado por Colombia en 2002- acogió, como principio general, una definición de la “Responsabilidad de los jefes y otros superiores” en el artículo 28, que ya ha sido objeto de aplicación en uno de los fallos de la cámara de conocimiento<sup>9</sup>.

Todos estos referentes internacionales deben ser tenidos en cuenta en el momento de establecer cuál es el derecho aplicable en el momento de la consumación de la conducta, junto con el Derecho Penal Nacional. La adopción de una definición contraria al estándar internacional, particularmente si implica la disminución del umbral de responsabilidad, conlleva a un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos. La definición contenida en el artículo transitorio 21 del Proyecto del Acto Legislativo es problemática porque eleva a rango constitucional una fórmula normativa que es contraria a la establecida en el Derecho Internacional y a la misma Constitución. Además de tergiversar el estándar internacional, la fórmula devaluada se aplica sólo a los comandantes de la Fuerza Pública, quienes, por estar investidos de poder y de funciones públicas, deberían

responder según un estándar remozado de responsabilidad, no uno de mayor lenidad. De otra parte, debe advertirse que en virtud de la técnica legislativa esta materia es propia de desarrollo legal, no constitucional.

**Recomendaciones**

- En consecuencia, esta definición debe eliminarse completamente del proyecto, para ser desarrollada por vía legal.

- Alternativamente, la definición debe ajustarse para que sea acorde con el estándar incorporado en el Estatuto de Roma, artículo 28, incisos a) y b); y ser aplicable a todos aquellos que satisfacen las condiciones de jefe militar o superior (*de jure y de facto*), según el Derecho Internacional, no sólo a los miembros de la Fuerza Pública.

**2. El Proyecto de Acto Legislativo debe adicionarse para brindar garantías concretas para el ejercicio de los derechos de las víctimas de violaciones graves**

La materialización de los derechos de las víctimas en el marco del funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), requiere desarrollo normativo, especialmente en el régimen procesal que vaya a ser aplicado. El artículo transitorio 11 del proyecto, referido a las normas procesales que aplicarán en la JEP, contempla la participación de las víctimas, pero la condiciona a “los parámetros definidos en el Acuerdo final”. Los derechos de las víctimas y su derecho de participación (en concreto) deben garantizarse de acuerdo a los parámetros constitucionales e internacionales.

**Recomendación**

- Adecuar la redacción del proyecto para garantizar que el régimen procesal proporcione a las víctimas herramientas y oportunidades procesales precisas para hacer valer sus derechos, mediante un recurso judicial efectivo en el marco del funcionamiento de la JEP.

Asimismo, es motivo de preocupación la propuesta de modificación constitucional, mediante el artículo transitorio 23 del proyecto, que extingue la acción de repetición y el llamamiento en garantía a los agentes del Estado, consagrado en la Constitución de 1991, en detrimento de los derechos de las víctimas y la condición de garante especial de los agentes del Estado. Este recurso hace parte del régimen de responsabilidad del Estado por daños antijurídicos que le sean imputables y el ejercicio de responsabilidad de sus agentes llamados a responder patrimonialmente por conductas dolosas, según los términos del artículo 90 de la Constitución Política. Cualquier cambio a este régimen debe contar con una clara justificación que responda al estándar constitucional y proteja los derechos de las víctimas.

**Recomendación**

- Se sugiere la supresión de este artículo transitorio incluido en el proyecto, puesto que deroga la norma constitucional contenida en el artículo 90 de la Carta Política.

**3. El Proyecto de Acto Legislativo no regula adecuadamente la depuración del servicio público de personas responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos y, por lo tanto, se queda corto en materia de garantías de no repetición**

Las obligaciones internacionales del Estado exigen que las personas responsables de violaciones graves de Derechos Humanos sean separadas de sus cargos y que no se vincule a la administración pública a personas

5 US Military Commission in Manila, *Trial of Tomoyuki Yamashita*, Case No. 21, 8 Oct-7Dec 1945; y *In re Application of Yamashita*, *Supreme Court Judgment*, 4 Feb. 1946.

6 High Command Trial (or Case no. 12), The United States of America vs. Wilhelm von Leeb et al., *US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 27 October 1948*.

7 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, artículos 86 y 87.

8 Ver ICTY, *Prosecutor v. Hadzihasanovic*, Appeals, 22 April 2008; ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Appeals, 17 July 2008; *Prosecutor v. Radovan Karadzic*, 24 March 2016. A manera de ejemplo, este último, disponible en : [http://77www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324\\_judgement.pdf](http://77www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf).

9 International Criminal Court, Trial Chamber, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3343, 21 March 2016. La decisión y todos los documentos se encuentran disponibles en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/05-01/08-3343>.

comprometidas con graves violaciones a los Derechos Humanos. La separación o depuración administrativa no equivale a una sanción judicial; se trata de una medida administrativa que busca la consolidación o el reforzamiento de un Estado de derecho, garante de los Derechos Humanos. Este tipo de medida es consecuente con lo pactado por las partes en el Acuerdo final (3.4), particularmente, en relación con los instrumentos de verificación y control institucional (reflejados en el punto 3.4.11.1 del acuerdo final). El requisito de no estar comprometido en la perpetración de una grave violación de Derechos Humanos es un criterio básico para determinar la probidad, idoneidad y compromiso con la aplicación de la ley de cualquier servidor público. La consecuente depuración de personal comprometido en violaciones graves es una medida preventiva, necesaria para garantizar la no repetición y para proteger los valores democráticos y de transparencia del poder público.

#### Recomendaciones

- Revisar la redacción del artículo 2 del proyecto, que busca adicionar el artículo 122 de la Constitución Política, para evitar que personas comprometidas en violaciones graves desempeñen cualquier cargo público o lleven a cabo un servicio como la seguridad privada.

- Asimismo, la reforma debe incluir un mecanismo concreto de depuración de las instituciones y del servicio público para hacer efectiva la revisión de antecedentes y asegurar la no vinculación y la separación de las personas involucradas en violaciones graves.

#### 4. La naturaleza especial, y la autonomía administrativa, presupuestal y técnica que se predicen de la UBPD y la CV, deben ser incorporadas en las normas que regulan la JEP

El Proyecto de Acto Legislativo reconoce que la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto (UBPD) y la Comisión, para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CV), son entes autónomos “del orden nacional con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeta, a un régimen legal propio” (artículos transitorios 2 y 3 del proyecto). Dicha disposición no fue incorporada en relación con la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), (artículo transitorio 5) y es necesaria para su correcto funcionamiento futuro. No podrá la JEP operar como un mecanismo del SIVJRNR sin contar esas condiciones.

#### Recomendación

- Adicionar al artículo transitorio 5 del proyecto la misma cláusula que califica a la UBPD y a la CV, de manera que quede claro que la JEP es un ente del orden nacional, que administra justicia, y que cuenta con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, y está sujeta.

La ONU-Derechos Humanos está en disposición de brindar mayor información y asistencia técnica sobre las materias aquí comentadas y los demás proyectos normativos que se desarrollen en el marco del procedimiento legislativo especial para la paz.

ONU-Derechos Humanos,  
Bogotá, 23 de enero de 2017.

\* \* \*

#### CONCEPTO JURÍDICO DE LA UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 165 DE 2016

*por la cual se dictan normas de fomento a la ciencia, tecnología e innovación mediante la creación de empresas de base tecnológica (Spin Off) y se dictan otras disposiciones.*

1110

Bucaramanga, 30 de enero de 2017

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República de Colombia

E.S.D.

Estimado doctor Eljach Pacheco

El pasado mes de diciembre fue aprobado en la Comisión Sexta del Senado de la República el **Proyecto de ley número 165 de 2016**, por la cual se dictan normas de fomento a la ciencia, tecnología e innovación mediante la creación de empresas de base tecnológica (Spin Off) y se dictan otras disposiciones; iniciativa que tiene por objeto brindar la posibilidad a las universidades públicas colombianas de crear *Spin-Off* (Empresas de Base Tecnológica) con la participación activa de los investigadores que gestaron las tecnologías base de la empresa y que estos, a su vez, puedan recibir incentivos por el impacto de las innovaciones que dieron origen a las empresas.

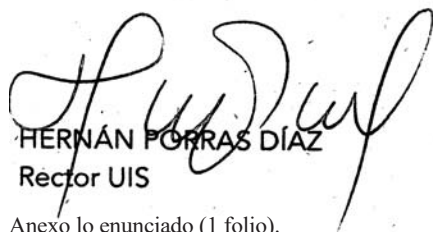
En fecha reciente la Universidad Industrial de Santander (UIS), participó con el proyecto *Chicamocha Magic* en la convocatoria Spin-off Colombia para la modalidad: “*Constitución y puesta en marcha de Spin-off universitarias*”, abierta por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias), la Corporación Ruta N Medellín y la Corporación Tecnova UEE, en la cual el proyecto fue seleccionado y posteriormente desestimado debido a la falta de una ley que permita a los investigadores de las universidades públicas participar en dichas empresas (anexo copia de la comunicación).

Así como la UIS, otras importantes universidades del país se encuentran, a la expectativa de su valiosa gestión para la aprobación del proyecto de ley; nos falta el último paso para tener un marco normativo que permita promover el emprendimiento innovador y de alto valor agregado en las universidades públicas, que propenda por el aprovechamiento de los resultados de investigación y la transferencia de conocimientos a la sociedad.

Ha sido un arduo camino desde 2015, legislatura en la cual el proyecto de ley con este mismo objeto fue archivado. Durante el 2016 la UIS hizo el acompañamiento constante al proyecto de Ley en el tránsito por la Cámara de Representantes, así como en la revisión y aprobación por parte de la Comisión Sexta del Senado; y seguimos perseverando en nuestro empeño de fortalecer las opciones de transferencia de conocimiento a la sociedad a partir de la propiedad intelectual derivada de la investigación.

En razón a lo aquí expuesto, queremos solicitar su apoyo y digno concurso con el propósito de procurar que esta iniciativa sea discutida y aprobada en su cuarto debate ante la Plenaria del Senado, antes que finalice la legislatura vigente el próximo 20 de junio. De lo contrario, el proyecto de ley será archivado y perderemos una oportunidad histórica de aportar al desarrollo científico, cultural y económico de nuestro país.

Con sentimientos de especial consideración, respeto y gratitud,



**HERNÁN PORRAS DÍAZ**  
Rector UIS

Anexo lo enunciado (1 folio).

Medellín, 13 de diciembre de 2016

Señores

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
HERNÁN PORRAS DÍAZ

CC Vanessa Quiroga

Bucaramanga, Colombia

**Asunto: Comunicación de resultados convocatoria Spin-off Colombia en la modalidad “Constitución y puesta en marcha de Spin off universitarias”**

Reciba un cordial saludo

El Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias), la Corporación Ruta N Medellín y la Corporación Tecnova UEE, queremos agradecer la participación de su institución en el marco de la convocatoria Spin-off Colombia.

Su proyecto **Chicamocha Magic**, fue recibido dentro de los términos estipulados en la convocatoria Spin-off Colombia para la modalidad: “Constitución y puesta en marcha de Spinoff universitarias”. Este proyecto cumplió los requisitos habilitantes, sin embargo, después de analizar con la Universidad y la investigadora líder se identificó que interés de ambas partes es constituir una spin-off tipo 2, en la cual tanto la Universidad como la Investigadora participen como socios y/o accionistas.

Esta decisión nos pone ante un escenario de imposibilidad jurídica en la medida en que la investigadora líder ostenta la calidad de servidora pública y con base en el marco normativo **actual**, no es posible que ella participe como accionista o socia de la nueva empresa.

A la fecha existe un proyecto de ley en trámite en el Senado de la República, el cual busca habilitar a los servidores públicos para participar como socios o accionistas de las empresas de base tecnológica que constituya la Universidad. Teniendo en cuenta este escenario, la universidad ha decidido esperar los resultados del trámite legislativo.

Por las razones anteriores, agradecemos su participación en la convocatoria, nuevamente ponemos a su disposición todas las capacidades del equipo spin-off Colombia.

Cordialmente,

**EQUIPO SPIN-OFF COLOMBIA**

**CONTENIDO**

Gaceta número 59 - Miércoles, 8 de febrero de 2016

SENADO DE LA REPÚBLICA Págs.

CONCEPTOS JURÍDICOS

Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a ponencia en primer debate al Proyecto de ley número 101 de 2016 Senado, por la cual se brindan condiciones para mejorar la calidad de vida del adulto mayor en Colombia. .... 1

Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de ley número 59 de 2016 Senado, por la cual se toman medidas a fin de garantizar la efectiva prestación del servicio de salud oncopediátrica a los menores de 18 años. .... 3

Concepto jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho –Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de ley estatutaria número 112 de 2016 Senado y a los Proyectos de ley números 87 de 2016 Senado y 041 de 2016 Cámara. .... 4

Concepto jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho –Consejo Superior de Política Criminal– al Proyecto de ley número 65 de 2016 Senado, mediante la cual se regula la designación de un Fiscal General de la Nación interino. .... 10

Concepto jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho –Consejo Superior de Política Criminal– al Proyecto de ley número 66 de 2016 Senado, mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación. .... 12

Concepto jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho –Consejo Superior de Política Criminal– al Proyecto de ley número 67 de 2016 Senado, mediante el cual se fortalecen el control y la rendición de cuentas en la Fiscalía General de la Nación. .... 14

Concepto jurídico del Ministerio de Educación Nacional al Proyecto de ley número 211 de 2016 Cámara, 122 de 2016 Senado, por el cual se establece la naturaleza y régimen jurídico de la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano. . 16

Concepto jurídico del Ministerio de Trabajo al Proyecto de ley número 12 de 2016 Senado, por medio del cual se dictan normas de protección a la actividad artesanal sostenible, su promoción, fomento, desarrollo y la seguridad social integral del artesano y artesana productor. .... 17

Concepto jurídico del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio al Proyecto de ley número 44 de 2016 Senado, por el cual se modifica el artículo 6° de la Ley 388 de 1997 y se priorizan los espacios públicos en armonía con las necesidades de niños y adolescentes y de las demás personas con protección especial del Estado. .... 22

Concepto jurídico de las Naciones Unidas Oficina del Alto Comisionado al Proyecto de acto legislativo número 02 de 2016 Cámara, acumulado con el Proyecto del acto legislativo número 03 de 2016 Cámara ..... 28

Concepto jurídico de la Universidad Industrial de Santander al Proyecto de ley número 165 de 2016, por la cual se dictan normas de fomento a la ciencia, tecnología e innovación mediante la creación de empresas de base tecnológica (Spin Off) y se dictan otras disposiciones. .... 31