



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XVII - Nº 940

Bogotá, D. C., lunes 15 de diciembre de 2008

EDICION DE 12 PAGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMON OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariassenado.gov.co

JESUS ALFONSO RODRIGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

INFORMES DE OBJECIONES

INFORME DE OBJECIONES AL PROYECTO DE LEY NUMERO 336 DE 2008 CAMARA, 094 DE 2007 SENADO

por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia.

Bogotá, D. C., diciembre 11 de 2008

Doctor

HERNAN ANDRADE SERRANO

Presidente Senado de la República

GERMAN VARON COTRINO

Presidente de la Cámara de Representantes

Honorable Senado de la República

Respetados señores Presidentes:

Nos permitimos a continuación, rebatir las objeciones por inconstitucionalidad e inconveniencia, proferidas por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para justificar la no sanción por parte del señor Presidente de la República, del Proyecto de ley número 336 de 2008 Cámara, 094 de 2007 Senado, *por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia*. Por la trascendencia de este proyecto, presentamos nuestras respuestas, desde el punto de vista jurídico, médico-científico y humano.

En primer término, nos llama la atención que tales objeciones sean suscritas solamente por el Ministro de Hacienda, lo cual nos confirma el criterio netamente financista con el cual se analiza la grave problemática de la salud en el país.

1. Respecto a la supuesta violación del artículo 152 de la Carta Política

No aceptamos esta objeción, por las razones que a continuación exponemos.

Las discusiones sobre el trámite legislativo de los proyectos de ley son muy frecuentes; sin embargo, la objeción en este proyecto de ley, recae sobre un vicio de procedimiento en el entendido de que se viola la Ley 5ª, al presumir que el proyecto de ley “por el Derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia” debía ser tramitado por medio de una ley estatutaria y no ordinaria como efectivamente se hizo.

Esta discusión se origina en que ni la doctrina, ni la jurisprudencia han unificado criterios sobre el particular: un ejemplo típico de este constante choque de criterios es también la discusión sobre si la ley estatutaria es de mayor jerarquía que la ley orgánica.

Para entrar en materia es necesario mirar quién firma las objeciones en este caso, como lo expusimos en el comienzo, es el Ministro de Hacienda y Crédito Público, circunstancia que nos parece inapropiada ya que el Ministerio de Hacienda no es competente para pronunciarse sobre materias distintas a su cartera. Con base en el argumento anterior, el Ministro de Hacienda se pronuncia sobre temas de salud, motivo que de entrada nos indica un desconocimiento de los vicios de ilegalidad como lo son la falta de competencia para pronunciarse sobre las materias que no son de su ramo. El Ministro de Hacienda manifiesta que se violó el artículo 152 de la Carta Política, en el entendido de que el proyecto de ley en mención debió tramitarse por medio de una ley estatutaria.

Al respecto nuestro Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia C-581 de 2008, con ponencia del doctor Manuel José Cepeda Espinosa, se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Una norma de seguridad social no debe ser, necesariamente, objeto de una ley estatutaria.

En la demanda del Expediente D-6956, se considera que las normas acusadas son inconstitucionales por no haber sido tramitadas como ley estatutaria. Luego de dar argumentos de por qué la seguridad social se ha de considerar un derecho constitucional fundamental, la demanda señala que el tema de la seguridad social debe tratarse por la ley estatutaria y la ley aprobatoria de un plan de desarrollo no lo es.

Los criterios generales para establecer los contenidos de una ley estatutaria, han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional¹. Sin embargo, no es necesario volver sobre ellos en esta ocasión porque existen pronunciamientos específicos de la Corte sobre si las normas concernientes a la seguridad social deben ser tramitadas como leyes estatutarias.

*En efecto, desde el inicio de su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha sostenido que las normas acerca de la seguridad social **no deben hacer parte de una ley estatutaria necesariamente**. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-408 de 1994, la Corte resolvió declarar exequible la Ley 100 de 1993, que estableció el nuevo sistema de seguridad social, ‘en cuanto no era necesario que el Congreso le diera el trámite de ley estatutaria’.² En tal ocasión se consideró que la Ley 100 de 1993 sobre el sistema de*

¹ Al respecto ver, entre otras Sentencias C-646 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-687 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett), C-1119 de 2004 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-319 de 2006 (M. P. Alvaro Tafur Galvis).

² Corte Constitucional, C-408 de 1994 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

'seguridad social, no debe ser objeto de reglamentación mediante la vía legal exceptiva de las leyes estatutarias por no corresponder a los elementos de derechos fundamentales que quiso el constituyente someter a dicha categoría legal'³. 'Basta, en esta oportunidad, acogerse a dicho precedente porque los artículos 155 y 156 son disposiciones atinentes a aspectos de la seguridad social que, de manera clara y manifiesta, no tienen que ver con la regulación del núcleo esencial, ni con la definición y los alcances de un derecho fundamental''.

Si tenemos en cuenta que el objeto del proyecto es disminuir la tasa de mortalidad por cáncer en los niños, niñas y personas adolescentes menores de 18 años, debemos obtener la conclusión de que el Proyecto de ley número 336 de 2008 Cámara, 094 de 2007 Senado no pretende de ninguna manera afectar ni modificar el núcleo esencial del derecho fundamental de la salud⁴; por el contrario es una herramienta jurídica que busca garantizar el goce efectivo del mismo, a un grupo de personas a las cuales por situaciones diversas, no se les está garantizando este derecho. Por esta razón el trámite de esta ley debe hacerse mediante el procedimiento correspondiente a una ley ordinaria.

Presentamos en la exposición de motivos, toda la información estadística tendiente a demostrar cómo países con similares niveles de desarrollo que el nuestro, han logrado resultados contundentes en el tratamiento del cáncer infantil, solamente a través de instrumentos como esta ley, que han establecido ciertos requisitos de obligatorio cumplimiento en la detección, tratamiento y seguimiento de estas patologías.

La evidencia nos demuestra, que en países donde existen guías de atención; donde los niños son atendidos por Oncólogos Pediatras, en Centros de atención especialmente dotados para este fin, donde la atención es integral y oportuna, y con el soporte socio-afectivo adecuados, alcanzan tasas de sobrevida superiores al 80% y en muchos casos la curación total de la enfermedad.

En los países desarrollados se presentan 33.000 casos anuales de CA Infantil, en los subdesarrollados se presentan 180.000; en los primeros el 100% de los niños tienen acceso a los tratamientos, mientras que en los segundos, tan sólo el 20%, en promedio; por tanto, no es de extrañar que la tasa de curación total en los países ricos alcance el 75% y la de los países pobres apenas del 2.5%, en promedio. Las proyecciones presentan el triste panorama a 2010, cuando las tasas de vida serán, del 90 y del 20%, para países desarrollados y no desarrollados, respectivamente⁵. Esta situación exige la existencia de políticas públicas que desafíen esta tendencia, como varios países similares al nuestro, lo han hecho.

Los estudios efectuados demuestran, que a pesar de los factores estructurales que condicionan el comportamiento de los índices en nuestros países, es factible mejorar de manera significativa, si se adoptan ajustes en los modelos de atención, así como en la organización de los servicios, dotación, talento humano y tecnología.

En el Hospital de Recife, en el Brasil, por ejemplo, se logró pasar de una tasa de abandono del 16% a una de apenas el 0,5%; y de una sobrevida, libre de evento del 32% al 63%, en aproximadamente 12 años. Al investigar las causas se detectaron medidas que impactaron este comportamiento, como lo fue el paso de la atención de los niños con Cáncer en un Hospital General, a un Hospital Materno Infantil con oncólogo pediatra permanente y personal capacitado y un rápido acceso a cuidado intensivo pediátrico, con un soporte psicosocial adecuado⁶.

Vale la pena destacar experiencias como las de Guatemala, Nicaragua, y México, que consiguieron disminuciones representativas de la tasa de abandono, del orden de 30 puntos porcentuales para el primero de los

³ *Ibidem*.

⁴ Aunque este formalmente no se considera un derecho fundamental por no estar incluido en el capítulo de estos dentro de la Constitución, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado su valor de derecho fundamental por su íntima conexidad con el derecho a la vida.

⁵ Cure4 kids.org

⁶ IAMA Mayo 26 2004, Volumen 291, N°. 20.

mencionados, de 13 para el segundo y de 25 para el tercero, a través de decisiones políticas orientadas a mejorar los modelos de atención y de suministrar de manera oportuna los tratamientos que se necesitan para estas enfermedades, en centros adecuados⁷.

No obstante lo anterior, se debe considerar que los juicios y reproches hechos desde la ciencia del derecho resultan debatibles por su valor prescriptivo⁸, por lo que estaríamos obligados a estudiar la tesis contraria a la nuestra: esto es que en realidad se esté afectando el núcleo esencial de un derecho fundamental que en el caso sub examine sería el derecho a la Salud, tesis en la que se debería tramitar el proyecto como una ley estatutaria.

En esta hipótesis también se debe hacer un análisis tendiente a constatar que la afectación al derecho fundamental es estructural, íntegra y completa, examen que no superaría un juicio de reproche, por cuanto el núcleo esencial del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, no se afecta; es decir, lo que se pretende con el proyecto de ley no es modificar las condiciones de la prestación ni garantía de este derecho sino por el contrario ampliar su efectivo goce y disfrute. La necesidad de modificar estas condiciones, surge al analizar factores muchas veces administrativos que están incidiendo en las altas tasas de mortalidad que presenta Colombia en estas patologías que ya son prácticamente curables en muchos países del mundo.

Así las cosas nos resta examinar, basados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el hecho de que aún si estuviéramos frente a la tesis de que se está afectando el núcleo esencial de un derecho fundamental, un proyecto de ley de estas características, no necesariamente debe realizarse mediante el trámite de una ley estatutaria, al respecto la honorable Corte sostuvo en Sentencias C-013 de 1993 y C-872 de 2003⁹ lo siguiente:

...

Las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos. Esto no supone que toda regulación en la cual se toquen aspectos relativos a un derecho fundamental deba hacerse por vía de ley estatutaria. De sostenerse la tesis contraria, se vaciaría la competencia del legislador ordinario. La misma carta autoriza al Congreso para expedir, por la vía ordinaria, códigos en todos los ramos de la legislación. El Código Penal regula facetas de varios derechos fundamentales cuando trata de las medidas de detención preventiva, penas y medidas de seguridad impositivas, etc. Los Códigos de Procedimiento sientan las normas que garantizan el debido proceso. El Código Civil se ocupa de la personalidad jurídica y de la capacidad de las personas. En resumen, mal puede sostenerse que toda regulación de estos temas haga forzoso el procedimiento previsto para las leyes estatutarias.

Las leyes estatutarias están encargadas de desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales. No fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales''.

Esta línea jurisprudencial fue conservada en Sentencia C-313 de 1994, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, como se anota a continuación¹⁰:

"(...)Si se prohijara la tesis extrema de que la totalidad de las implicaciones o facetas propias de los derechos constitucionales, fundamentales deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, se llegaría a la situación absurda de configurar un ordenamiento integrado en su mayor parte por esta clase de leyes que, al expandir en forma inconveniente su ámbito, petrificarían una enorme proporción de la normatividad, y de paso vaciarían a la ley ordinaria de su contenido, dejándole un escaso margen de operatividad, a punto tal que lo excepcional

⁷ Presentación Diego Medina. Colombia Manizales.

⁸ Norberto Bobbio. Teoría General del Derecho. Ed Temis.

⁹ M.P. Doctora Clara Inés Vargas.

¹⁰ Esta posición ha sido reiterada a lo largo toda la jurisprudencia constitucional; ejemplo de ello son, entre otras, las siguientes Sentencias C-408 de 1994, C-582 de 1996, C-498 de 1998, C-646 de 2001 y C-523 de 2002.

devendría en lo corriente y a la inversa. Se impone, entonces, en cuanto toca con los derechos fundamentales, una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria”.

Las anteriores posiciones han servido de base para el desarrollo de toda una sólida doctrina relacionada con la reserva material establecida en el artículo 152 de la Constitución, mediante la cual se han desarrollado los criterios para determinar si un asunto está o no sometido a la reserva de ley estatutaria. La jurisprudencia de esta Corte ha considerado dentro de estos criterios, el hecho de que la regulación de un derecho fundamental sea en “forma íntegra, estructural o completa”¹¹.

No aceptamos además, la posición del gobierno nacional, cuando la Ley 972 de 2005, que adopta normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida, se tramitó como ley ordinaria; nos preguntamos ¿por qué no quiere darles estas prerrogativas a miles de niños residentes en Colombia, que mueren por causa del cáncer?; Más aún, la Ley 1122 de 2007 no se tramitó como Ley Estatutaria, siendo que esta regula básicamente aspectos de la salud. Y que decir de la Ley 100 de 1993, que regula todo el Sistema de Seguridad Social de Salud en Colombia, que como anteriormente expusimos, tampoco se tramitó como una ley estatutaria.

De forma contundente, concluimos, que el argumento jurídico esbozado, carece de validez y desconoce los preceptos doctrinales y jurisprudenciales donde se establece que no es necesario el trámite legislativo de las leyes estatutarias, en aquellas materias donde si bien es cierto se tocan temas de derechos fundamentales, no se viola el núcleo esencial de esos derechos. Así ha sido reiterado por las jurisprudencias de la corte constitucional Sentencias: C-013/93, C-226/94, C-313/94, C-408/94, C-425/94, C-646/01, C-687/02, C-162/03, C-740/03, C-993/04.

2. El proyecto de ley y la Sentencia T-760 de 2008

No aceptamos las objeciones que presenta el Gobierno Nacional sobre la inconveniencia del proyecto, a la luz de la sentencia, la cual celebramos en su momento, pero en este caso, rechazamos la interpretación de párrafos aislados o descontextualizados que sobre la misma, hace el señor Ministro de Hacienda, para invalidar el proyecto de ley, pues no es acorde con la esencia del pronunciamiento de la honorable Corte Constitucional.

De otra parte, es necesario recordar las consecuencias jurídicas de una sentencia (t) (fallo por tutela):

- La sentencia no puede ser aplicada a este proyecto de ley, ya que al ser una sentencia de tutela, esta solo tiene efectos inter partes, para lo cual no puede hacerse extensiva a la norma objetada.

- La misma Corte Constitucional, a través de distintos pronunciamientos como la Sentencia T-203 de 2002, estableció distintos tipos de efectos; entre los principales se encuentran los de erga omnes e inter partes, y los efectos excepcionales inter pares e inter comunis, que no son establecidos en esta jurisprudencia citada dentro de las objeciones.

La jurisprudencia es reiterativa en que los efectos de las sentencias de tutela solo son inter partes; la doctrina respalda este pronunciamiento. Enfáticamente el doctor Manuel Fernando Quinche Ramírez autor del libro derecho constitucional colombiano establece en la página 571 (...) *“en el caso concreto de las acciones de tutela por regla general, los efectos de los fallos son inter partes, pues de lo que se trata es de un pleito, de una petición de amparo que eleva la víctima, por la acción u omisión de un eventual violador de los derechos fundamentales (...)*.

Por lo tanto, es necesario precisar que las sentencias que producen efectos Erga Omnes, o sea para todos, son las de constitucionalidad o (c).

Por otra parte, resulta gracioso que el gobierno invoque sentencias de la Corte para objetar el proyecto de ley, donde precisamente en las mismas sentencias es condenado el Estado por su ineficiencia, negligencia o inoperancia. Qué bueno sería que las invocaciones de las sentencias que hace el gobierno no fueran simples transcripciones, sino que en realidad cumplieran los fallos de tutela. La Sentencia T-760 de 2008 establece

otros aspectos que el gobierno en las objeciones no mencionó y que curiosamente, solo hace referencia a obiter dictas (dichos al pasar) y no a la ratio decidendi, o razón de la decisión.

La sentencia en mención, tal como se dijo anteriormente, es una sentencia de tutela que evidencia que el gobierno no ha cumplido con los postulados inmersos en la Ley 100 de 1993, la cual fue transcrita de forma descontextualizada para dar un alcance distinto al querido por el fallo.

Aún cuando el Gobierno Nacional cita apartes completos de la Sentencia T-760 de 2008, solamente especifica de manera esporádica, aspectos negativos del proyecto de ley que nos ocupa frente a la misma. Nosotros, por el contrario, consideramos que esta sentencia, es completamente armónica con los objetivos del proyecto de ley y reconoce de manera amplia, pero general, todas las falencias en la aplicación de la normatividad vigente sobre la seguridad social en salud; falencias que se reflejan en los miles de tutelas que constantemente interponen los ciudadanos, la mayoría de las cuales fallan a favor de los usuarios y se ordena brindar tratamientos integrales.

Respecto a algunas conclusiones a las cuales llega el Ministro de Hacienda en sus objeciones, dentro de los párrafos de la Sentencia T-760 que de manera descontextualizada transcribe, vale la pena aclarar enfáticamente, lo siguiente:

a) No aceptamos el argumento de que el proyecto de ley “impide o interfiere en la adopción de medidas orientadas a corregir las fallas en la regulación”. Si bien es necesario un enfoque integral a dicha regulación, existen patologías prioritarias, como el cáncer infantil, cuya demora en su reglamentación está motivando que por lo menos, mueran dos niños al día por errores básicamente administrativos en la detección y tratamiento. Lamentablemente las “instancias que hoy tienen la información y la competencia para definir los alcances y posibilidades reales del sistema de salud”, no se percatan de esta situación, entre otras, porque carecen de la información suficiente sobre esta patología, como lo demuestra el no suministro de la misma, en el proceso de elaboración del proyecto de ley;

b) En ningún momento, el proyecto de ley está modificando los Planes de Beneficios de la seguridad social en salud, como tampoco lo han hecho, de manera directa, los miles de sentencias de la Corte Constitucional que ordenan la atención integral, que por lo regular incluyen medicamentos, tratamientos o procedimientos excluidos de tales planes de beneficios. Lo que es fundamental aclarar es que si la limitación de tales planes atenta contra la vida de la gente, debe existir algún mecanismo para evitarlo. Es así como los Comités Técnicos Científicos que funcionan en las EPS, intentan suplir esta falencia, con la limitante, grave en los casos de niños con cáncer, que los términos que imponen, para adoptar sus decisiones y todos los requisitos y trámites posteriores, son demasiado amplios y en el caso de las patologías como el cáncer, atentan contra la efectividad de los tratamientos. Hay consenso entre los médicos que nos colaboraron en la elaboración de este proyecto de ley, en que los usuarios, finalmente y después de interponer tutelas, derechos de petición, entrevistas con los CTC, etc., logran la aprobación de los tratamientos y/o medicamentos formulados, pero ello en detrimento de la oportunidad de la atención. Tampoco contempla el proyecto de ley una “canasta de servicios infinita”, pues lo que se está normatizando es el suministro oportuno de los medicamentos y/o procedimientos que formulan los médicos tratantes, acorde con los criterios de racionalidad y calidad, pero en Centros especializados y con personal experto en la atención de esta patología que se comporta en los niños, de manera distinta que en los adultos. Si se incluye la necesidad de financiar el Hogar de Paso, es porque se ha demostrado que es fundamental para que los menores permanezcan en el tratamiento, sobre todo aquellos que habitan en veredas o regiones apartadas del país. Nos comentan los onco-hematólogos pediatras que asesoraron este proyecto de ley, que en la actualidad se busca que las ONG apoyen estos servicios, o bien que las familias hagan colectas para conseguir los dineros indispensables, lo cual no garantiza la adecuada atención de los menores, quienes se complican, con el mayor costo económico que ello implica, o se mueren con el inmenso costo social que la pérdida de un niño ocasiona, costo de años de vida saludable que

¹¹ Sentencia C-620 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

el Ministro de Hacienda desconoce. Equiparamos este servicio con el llamado “cuidado en casa” o “cuidados paliativos” en el caso de pacientes terminales, que ya están siendo suministrados por algunas EPS; con la diferencia de que para el tratamiento de los menores con cáncer, contar con este servicio, aumenta la garantía de éxito y posibilidades de vivir;

c) No encontramos una política pública liderada por el Ministerio de la Protección Social encaminada a lograr mejoras sustantivas en la atención y los resultados del manejo de los niños que padecen CA en Colombia, pues al parecer no es de su interés.

El Ministerio de la Protección Social emitió la Resolución 1043 del 3 de abril de 2006, “por la cual se establecen las condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud para habilitar sus servicios e implementar el componente de auditoría para el mejoramiento de la calidad de la atención y se dictan otras disposiciones”.

En cuanto a la atención de los niños con Cáncer, se considera que esta reglamentación se queda corta y no garantiza servicios integrales, pertinentes y efectivos que verdaderamente impacten en las tasas de mortalidad, sobrevida y abandono de los pacientes. Ello impulsa el proyecto de ley, solicitado, en parte por la comunidad médica que atiende estas patologías.

Entre las principales falencias que se detectan en la precitada resolución, en cuanto a los servicios de Onco- hematología Pediátrica, se destacan:

- Para la aplicación de la Quimioterapia, el único requisito que se establece en los centros de atención, es contar con una Farmacia y un Químico Farmaceuta para dispensarla, lo cual es sumamente limitado.

- La resolución define la necesidad de contar con médicos especialistas, pero no es específica en cuanto a que si el especialista es de tiempo completo, parcial, ni se fija un estándar mínimo, según el número de pacientes que ingresan al centro de atención. Ello deja abierta la posibilidad de contratar Onco-Hematólogos a “disponibilidad”, contrario a lo que se establece, por ejemplo para la unidad de Trasplantes.

- En cuanto a los requisitos de Talento Humano para la hospitalización de mediana y alta complejidad, se utiliza el término de “disponibilidad” del subespecialista y presencialidad del pediatra. No parece conveniente continuar con la práctica actual, donde se formula la Quimioterapia y los pacientes son revisados por el Onco-Hematólogo 2 ó 3 veces por semana.

- La resolución no exige para las unidades de Oncología pediátrica, la necesidad de contar con el apoyo psicosocial, el cual consideramos fundamental.

- La falencia más grave es que en la parte fundamental que abarca la “interdependencia de servicios”, si bien se estipulan los de Oncología Clínica, no se especifica nada para la Pediátrica, la cual erróneamente se asume dentro de los requisitos para los adultos. Se encuentra establecido en los convenios internacionales, sobre los derechos de los niños, que ha suscrito el país, la obligatoriedad de no mezclar los requisitos de atención médica de los menores con los de mayores.

- Tampoco es válido en el caso de Oncología Pediátrica expresiones genéricas que se utilizan en los Anexos de la Resolución, respecto a los servicios básicos de apoyo diagnóstico y terapéutico; se dice simplemente: “cuenta con servicios o demuestra el apoyo de”. Estos requisitos vagos pueden conllevar a que la atención se disperse, como en la actualidad ocurre, contrario a la integralidad que exige la Oncología Pediátrica, donde los servicios básicos deben estar disponibles, dentro de la misma institución. La “interdependencia”, así entendida, es por tanto incompleta y no garantiza la atención integral.

- En cuanto a los procesos prioritarios no se tienen en cuenta los protocolos de enfermedades y complicaciones, de manera unificada.

- No se especifica la necesidad de contar con la Junta de Tumores, Cuidados Paliativos, Hospitalización, Alta Complejidad, entre otros.

- En el tema de seguimiento la resolución debe establecer, de manera clara, la necesidad de analizar sobrevida, toxicidad y abandono, también el seguimiento a largo plazo, el cual en el caso de los menores es fundamental.

En su respuesta, el Ministerio de la Protección Social¹², comenta, que a través del Instituto Nacional de Cancerología, ha desarrollado 11 guías para Pediatría Oncológica; no obstante es el concepto de los especialistas, que estas guías no fueron elaboradas por consenso nacional, son principalmente para Quimioterapia, no hablan de requisitos mínimos ni de requisitos para atender pacientes y por lo general, no se cumplen, por no ser de obligatoria adopción. “De nada sirve contar con la guía si no existe un registro obligatorio, ni monitoreo continuo de sus resultados”¹³.

De otra parte, el Ministerio de la Protección Social, manifestó que “Los procesos, procedimientos, guías y protocolos son conocidos por el personal encargado y responsable de su aplicación, incluyendo el personal en entrenamiento. Cada Institución establecerá procedimientos bajo la metodología de la medicina basada en la evidencia, para determinar el contenido de las guías clínicas de atención y los procesos de atención prioritarios, incluidos en los criterios del estándar de procesos y procedimientos”.

La posición anterior, muestra una clara diferencia de Colombia, con aquellos países que han logrado mejorar la calidad de la atención de los niños que padecen de Cáncer y mejorar de manera contundente sus indicadores. Es fundamental contar con los **estándares nacionales**, como lo hizo Chile, y lo vienen haciendo los países desarrollados, por ejemplo. De otra parte se sabe que los protocolos “colaborativos” nacionales, mejoran la sobrevida.

Tampoco puede confundirse, procesos y procedimientos con protocolos de atención; puesto que los primeros, pueden ser institucionales, los segundos, deben ser nacionales. En México el ministerio no hace las guías pero obliga a que las hagan y sean únicas a nivel nacional; se apliquen en centros certificados para cáncer infantil y a la vez determina los requisitos para las Unidades de Cáncer Pediátrico, generando los mecanismos para su financiación.

Finalmente cabe indicar, que el Ministerio de la Protección Social reconoce la carencia de información para hacer estudios serios, en cuanto a Cáncer Infantil (falencia que además es de todo el sistema de seguridad social vigente); solucionar esta grave falencia, varias veces aplazada por el Gobierno, es otro de los motivos del presente proyecto de ley;

d) No aceptamos por lo tanto la conclusión de que estamos definiendo contenidos del POS, por la vía legislativa, ya que como hemos venido repitiendo a lo largo de este documento, se necesita hacer ajustes en el modelo de atención de los menores con cáncer en Colombia, para que no se sigan muriendo en porcentajes inconcebibles para los avances que ha manifestado el tratamiento de esta patología. Tampoco puede entenderse que se está “parcelando” la atención de los enfermos, pues precisamente lo que persigue el proyecto de ley es que la atención sea integral para mejorar su efectividad.

3. El Derecho a la Salud, frente a situaciones de carácter patrimonial del Estado

No aceptamos el argumento relativo al desequilibrio fiscal que motivaría el proyecto de ley y en el marco a mediano plazo de las finanzas nacionales.

El cambio de régimen Constitucional de 1991 implicó una colaboración armónica entre las ramas del poder público que en la actualidad la vemos reflejada en el apoyo¹⁴ que ha recibido la Corte Constitucional, por parte del Gobierno Nacional, para llevar a cabo el contenido de sus providencias, solo por citar una tenemos la providencia que obliga a implementar un sistema de ambulancias aéreas.

De otro lado debemos ser vehementes en decir que el goce de un derecho fundamental no puede estar supeditado a condicionamientos de ninguna clase y mucho menos financieros, aunque esto no significa de ninguna forma que no debe haber una debida articulación entre el presupuesto y

¹² Respuesta Ministerio de la Protección Social, Agosto 2007. Doctora Blanca Elvira Cajigas de Acosta. Viceministra de Salud y Bienestar.

¹³ Diego Medina Valencia Médico y Cirujano Especialista en Pediatría Especialista en Oncohematología Pediátrica. Manizales, Colombia.

¹⁴ Hay que hacer la claridad que a este apoyo está obligado el gobierno por la Constitución.

el planeamiento del Sistema General Seguridad Social en Salud, pero el deber del legislador es garantizar la plena efectividad de la Constitución frente a la ley, aun inaplicando normas que no lo permitan.

Al respecto la honorable Corte Constitucional, mediante las Sentencias T-150 de 2000 y T-860 de 1999, ha dicho lo siguiente:

“Cuando la vida y la salud de las personas se encuentren grave y directamente comprometidas, a causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, etc., bajo pretextos puramente económicos, aún contemplados en normas legales o reglamentarias, que están supeditadas a la Constitución, cabe inaplicarlas en el caso concreto en cuanto obstaculicen la protección solicitada. En su lugar, el juez debe amparar los derechos a la salud y a la vida teniendo en cuenta la prevalencia de los preceptos superiores, que los hacen inviolables”. (Negrillas fuera de texto).

De lo anterior se deduce que si bien es cierto el Ejecutivo tiene la facultad de objetar un proyecto de ley, si sus razones colisionan con la garantía de un fin esencial del Estado, o mejor con un derecho fundamental, esta capacidad legal y Constitucional debe ceder ante la imperiosa labor de las autoridades públicas de garantizar el efectivo goce de los derechos fundamentales en el marco del Estado Social de Derecho.

Al respecto la Corte en la Sentencia T- 747 de del 2003, sostuvo lo siguiente:

“Pero si, a la inversa, lo que se tiene es una disposición, legal o de otro orden, que de manera ostensible, clara e indudable -prima facie- viola la Constitución, el precepto subalterno cede y se ha de inaplicar, no porque lo quiera el funcionario respectivo, sino en cuanto lo manda el Constituyente, y a cambio de su dictado deben hacerse valer las normas de la Constitución con las cuales la regla subalterna colide”.

De otro lado, no se encuentra fundamento alguno para que por razones netamente económicas, se obstaculice la garantía de un derecho fundamental, es decir, la objeción por parte del ejecutivo debió plantearse en términos Constitucionales, pues de lo contrario se estaría invadiendo la libertad de configuración legislativa que ostenta el Congreso de la República que como ya se dijo, no es absoluta y encuentra su límite en la misma Carta Política o mejor en los derechos fundamentales en ella contenidos, pero no en aspectos fiscales o económicos.

Lo anterior fue planteado por la Corte Constitucional¹⁵ de la siguiente manera:

Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha sido clara y consistente en considerar que en desarrollo de la cláusula general de competencia legislativa, el Congreso de la República tiene un poder amplio e inalienable para establecer los parámetros y reglas específicas que darán contenido al sistema de seguridad social integral que se deriva del artículo 48 de la Constitución Política, sin otros límites que los que resulten de los principios generales que informan dicho sistema, a los cuales antes se hizo referencia. Ello por cuanto, el señalamiento de tales reglas específicas debe ser el reflejo de las políticas públicas que a este respecto establezca el Estado, previa consideración de todos los aspectos políticos, sociales y presupuestales que determinan la capacidad del Estado y de la sociedad para ofrecer y prestar de manera adecuada y oportuna, servicios asistenciales a los ciudadanos, siendo el órgano legislativo, conforme a su misión constitucional, el espacio apropiado para el análisis, la discusión y el logro de consensos sobre temas que, como este, interesan a toda la comunidad.

En este sentido es pertinente tener en cuenta los planteamientos efectuados por la Corte en su Sentencia C-613 de 1996¹⁶, en la cual se sostuvo:

“La definición del contenido de los derechos prestacionales es una tarea que compete al legislador y que es realizada en virtud de consideraciones jurídicas, políticas y presupuestales que, en principio, escapan al control de constitucionalidad. Sólo en aquellos casos en los cuales una ley que establezca un derecho prestacional consagre un trato discriminatorio, o vulnere concretos y específicos mandatos constitucionales, puede la

Corte formular el correspondiente reproche. Salvo en estos específicos eventos, la configuración, más o menos amplia, de tales derechos, o la forma en la cual han de ser liquidados, o los requisitos que se establecen para acceder a los mismos, son asuntos que hacen parte de la órbita de acción del poder legislativo”.

En la misma línea, más recientemente sostuvo la Corte en la Sentencia C-623 de 2004, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil:

“Esta Corporación le ha reconocido al legislador un amplio margen de configuración para regular todo lo concerniente a la seguridad social y, en concreto, lo relacionado con sus prestaciones en salud, vejez, riesgos profesionales, etc. Dicha amplitud tiene su origen en los artículos 48 y 365 del Texto Superior, los cuales establecen una fórmula flexible para organizar y coordinar la prestación de dicho servicio, sin limitar su desarrollo a una estructura única o predispuesta”.

... “En este sentido, la Constitución Política establece unos principios y reglas generales, básicas y precisas a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social, pero no impide su amplia intervención para configurar, coordinar y asegurar su prestación a través de las estructuras o sistemas que considere idóneos y eficaces”.

Finalmente tenemos que mencionar la responsabilidad solidaria que tienen los diferentes agentes del sistema de seguridad social, entre ellos el Estado, con el fin de garantizar el debido goce del derecho fundamental de la salud, al respecto, mediante la Sentencia T-289 del 2007¹⁷, la Corte Expresó:

“Estas metas del sistema de salud dependen, entre otros factores, del uso adecuado de los recursos económicos que ingresan al mismo y la solidaridad entre los sujetos que proveen las distintas fuentes de financiación, especialmente el Estado, los empleadores, los trabajadores y los pensionados”. (Negrillas fuera de texto).

Consideramos que los tratamientos de Cáncer Infantil en Colombia están garantizados, desde el punto de vista financiero y lo que se requiere es adaptar los modelos de atención, aspectos administrativos en cuanto a la oportunidad de las autorizaciones, suministro de medicamentos de calidad, la prestación del servicio y sobre todo, estandarizar protocolos y lograr que las Unidades de Atención, sean las adecuadas de acuerdo a unos requisitos que se contemplan en anexo técnico al proyecto de ley. El proyecto de ley no exige ninguna “tecnología de punta” como dice el Ministro de Hacienda en su respuesta; requiere la estandarización, aplicación y supervisión de las guías de atención, los tratamientos integrales realizados por profesionales idóneos en el tema, suministrados de manera oportuna y en los sitios especializados para este fin, hospitales de III o IV nivel de complejidad. En realidad, no pensamos que el tratamiento integral de 1.200 niños diagnosticados que anualmente lo necesitan para sobrevivir al cáncer, quiebren el Sistema de Seguridad Social en Colombia, más aún cuanto la gran mayoría de requerimientos están contenidos en los planes de beneficios.

Los siguientes argumentos son dados por la “comunidad médica” que nos colaboró en la estructuración del proyecto de ley, respecto a la racionalidad de la misma:

“Actualmente mucho de lo que el Ministerio dice ‘invertir’ en cáncer infantil es botar la plata en tratamientos inadecuados, incompletos, con resultados desastrosos. Igualmente ‘de todos modos invierten’ lo malo es que el resultado no se da, la ley pretende calidad en el servicio... por ningún lado el benemérito Ministro menciona los costos de la no calidad, tanto económicos como sociales. Llama la atención que no encuentro por ningún lado el “costo” de años de vida salvados, solamente la mirada de balance... pesos”... De otra parte:

• “La atención se haría sobre guías o protocolos, lo que implica necesariamente análisis de costo-efectividad y tecnología disponible, que evitaría además, el sobrecosto de la mala atención actual... evitaría el libre albedrío en la atención y va en línea con la tendencia actual en la atención en salud.

¹⁵ Sentencia C-1032 del 2006 M. P. Doctor Nilson Pinilla Pinilla.

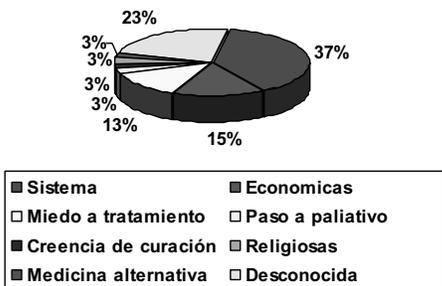
¹⁶ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁷ M. P. Jaime Córdoba Triviño.

• Debe evaluarse en términos económicos y sociales, la cantidad de pacientes que van a trasplante innecesariamente por recaídas a causa de enfermedades mal tratadas. “ese es el pan de cada día en nuestro medio”.

“La ley lo que pretende es reorganizar lo que se gasta y como se gasta. El único “costo adicional es el hogar de paso” que ayuda a salvar a la mayoría del 30% de pacientes que abandonan. Según estudio realizado por la doctora Viviana Villa del INC, el paciente que abandona el tratamiento, muere irremediamente; si bien la causa de este abandono el multifactorial, se demuestra que el mayor porcentaje de estos es por razones atribuibles al sistema de salud. “En resumen el sistema está “matando niños” en la circunstancias actuales”.

CAUSAS DE ABANDONO (n = 39)

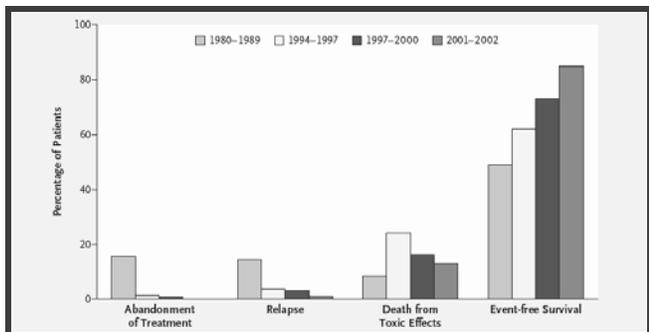


“¿Cómo miran el contexto? ...¿es posible tratar bien los niños con cáncer en países iguales o más pobres que nosotros; acá causa desbalance en el sistema, según el Ministerio?”.

“Porqué es indispensable la atención INTEGRAL Y OPORTUNA?: Porque previene el abandono; porque permite una mejor calidad de atención, mejora la supervivencia. En la literatura y en las conferencias sobre abandono, es claro que el tipo y la calidad del centro de atención son claves en el resultado de la terapia. Evidencias al respecto:

En el gráfico siguiente se observa el estudio de Recife Brasil en 3 periodos; se compara la atención dada en el Hospital General y Unidad Especializada; se observa una diferencia de 30 puntos en sobrevida, cuando la atención se da de manera integral en esta última; además, del centro de atención, mejoró el apoyo sicosocial, donde se integró también a la familia del niño “que yo sepa Brasil no se ha quebrado” como teme el Ministerio de Hacienda que suceda en Colombia. “En países desarrollados existen referencias similares al respecto, de donde provienen las recomendaciones internacionales de la SIOP y la Academia Americana de pediatría para Unidades de Cáncer Infantil que brillan por su ausencia en Colombia”.

Caso Recife: “Antes del programa de hermanamiento en 1994 con el St Jude el abandono de tratamiento y las recaídas fueron las principales causas de falla, con la introducción de protocolos basados en quimioterapia intensiva y grupos de apoyo privado que provén transporte, vivienda y oportunidad de trabajo para pacientes y sus familias; las tasas de recaída disminuyeron y la tasa de abandono se redujo desde 16% a menos del 1% y aunque las muertes por infección y hemorragias aumentaron, la tasa de supervivencia libre de evento mejoró y es similar a algunos países altamente desarrollados”.



Fuente: Riveiro RN Engl J Med 352: Mayo 26 de 2005. Utilizada en Conferencia de Viviana Villa INC.

Para cubrir los costos de un hogar de paso o casa hogar y los desplazamientos de los menores con un familiar, para recibir el tratamiento correspondiente, de manera ininterrumpida, oportuna y efectiva, en las Unidades de Cáncer, se propone que se utilicen parte de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuyos recaudos no se ejecutan en su totalidad para cada vigencia, como lo demuestra el análisis efectuado con base en la información que suministró el Ministerio de la Protección Social, sobre los ingresos y gastos de las diferentes cuentas que conforman dicho fondo.

Como se desprende del cuadro siguiente, donde se analizan los ingresos y egresos del FOSYGA, entre 2003 y 2007, en todos los periodos los ingresos superan a los egresos, dejando margen para financiar los requerimientos logísticos mínimos que necesitan los niños que padecen Cáncer, para mejorar la efectividad de los tratamientos e incidir en su recuperación, impactando las tasas de mortalidad por esta causa.

Se busca que tales erogaciones, sean cubiertas con la cuenta ECAT, que como se evidencia, reporta excedentes, en el año 2007, cercanos a los \$ 500.000 millones; si bien tales recursos se reprograman para ejecutarlos en otros fines, pensamos que bien podría ser, uno de tales fines, el cubrimiento de estos gastos que van a incidir de manera directa en el éxito del tratamiento.

Se estableció que la necesidad de recursos para cubrir estos gastos, ascendería aproximadamente a \$ 2.800 millones anuales, con base en el siguiente escenario;

- De acuerdo con las estadísticas, anualmente, 1.200 (cifra corregida respecto a la ponencia presentada para segundo debate en Senado) niños se encuentran recibiendo tratamiento contra el Cáncer en Colombia.

- De este total, aproximadamente 400 necesitarían del apoyo que establece el proyecto, en cuanto a Hogar de Paso y desplazamientos; el resto o se ubican en las cabeceras departamentales que tendrían unidad de cáncer, o pertenecerían a estratos socioeconómicos que pueden sufragar estos costos.

- Se estimó que cada niño, requeriría en promedio \$7.000.000 – año. En todo caso, la utilización de este apoyo debe ser reglamentado por el Ministerio de la Protección Social, para que llegue exclusivamente a la población que así lo requiere.

- Finalmente, nos negamos a aceptar que la utilización de un porcentaje tan ínfimo de la diferencia entre ingresos y gastos del FOSYGA en su cuenta ECAT, que se utiliza para cubrir el déficit del gobierno central, empleado para evitar que los niños con cáncer se sigan muriendo, cause el desequilibrio en el sistema y niegue la atención a otros pacientes que padecen de otras patologías, como lo afirma el Ministro de Hacienda. Es de verdad una conclusión exagerada y oportunista.

INGRESOS Y EGRESOS

En millones de pesos

FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA

INGRESOS	2003	2004	2005	2006	2007
COMPENSACION	5.851.142	6.305.032	6.717.353	7.778.376	8.625.040
SOLIDARIDAD	980.811	1.091.953	1.276.992	1.481.304	2.063.078
PROMOCION	260.201	253.297	261.380	295.553	375.720
ECAT	264.968	454.681	361.119	440.125	588.592
TOTAL INGRESOS	7.357.123	8.104.963	8.616.845	9.995.358	11.652.430
COMPROMISOS					
COMPENSACION	5.229.181	5.880.739	6.971.753	6.971.753	8.531.881
SOLIDARIDAD	709.288	248.170	1.564.996	1.564.996	1.754.673
PROMOCION	227.043	234.069	256.710	256.710	290.618
ECAT	108.937	311.395	76.256	440.125	87.050
TOTAL GASTOS	6.274.448	6.674.372	8.869.714	9.233.583	10.664.222
DIFERENCIA	1.082.674	1.430.590	-252.869	761.774	988.208

Fuente. Cuadro elaborado con base en las ejecuciones de ingresos y gastos del FOSYGA, aportadas por el Ministerio de la Protección Social.

4. Unidades de Atención de Cáncer Pediátrico

En cuanto al artículo 5º del proyecto de ley, hay un mal entendido, en el sentido de interpretar que se está obligando a toda las IPS del nivel III

y IV de atención a habilitar la Unidad de Cáncer para niños, diciendo el Ministro de Hacienda, que se atenta contra el derecho a la libre empresa, lo cual es erróneo pues lo que se persigue, es que todas aquellas IPS que quieran ofertar la onco-hematología pediátrica, deben ser del III ó IV nivel de complejidad, ya que los menores necesitan servicios como la Unidad de Cuidados Intensivos, que según estudios, es del 40%. A decir de los Oncohematólogos, han proliferado clínicas tipo “garaje” que ofertan estos servicios de onco-hematología pediátrica, pero que no ofrecen ninguna garantía para brindar una atención adecuada a los menores que padecen cáncer, atentando gravemente contra su vida.

Sin embargo, podríamos redactar de forma distinta este artículo para evitar la interpretación que de manera un tanto oportunista, hace el Ministerio de Hacienda, pues repetimos que sea un requisito de las Unidades de Cáncer estar situadas en hospitales del III y IV nivel de complejidad, NO IMPLICA la obligación de estos hospitales de ofertar este servicio si no les interesa.

5. Razones de inconveniencia

5.1 Base de datos. Desde hace más de 10 años, en Colombia no existe un sistema de información en salud, pues el que existió hasta mediados de la década de los noventa, si bien manual y con limitaciones, desapareció sin que surgiera alguno otro sistema que permitiera contar al menos con información sobre la morbi-mortalidad en Colombia. Los datos que se usaron para sustentar el proyecto de ley provienen de los esfuerzos que han hecho Hospitales como la Misericordia o el Instituto Nacional de Cancerología, a través de sus propias investigaciones.

5.2 Los términos siempre se postergan y el Sistema de Información en Salud, sigue sin existir. El plazo que estableció la Ley 1122 para implementar este sistema de información integral en salud, y que menciona el Ministro en sus objeciones, no se ha cumplido.

5.3 En últimas lo que persigue el proyecto de ley es que haya algún sistema de información que permita el control y el seguimiento de los menores que padecen cáncer ya que ello es fundamental para la efectividad de su tratamiento. Un sistema de información general, no permite cumplir con estos fines. Podría concebirse como un módulo de ese sistema integral que sigue sin desarrollar el Ministerio de la Protección Social, pero que desde hace 10 años dice que está considerando.

Con los argumentos anteriormente presentados, hemos rebatido la totalidad de las objeciones planteadas por el Gobierno Nacional, a través del Ministro de Hacienda, sobre el Proyecto de ley número 336 de 2008 Cámara, 094 de 2007 Senado, *por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia*.

Creemos firmemente en que este proyecto, analizado con un criterio distinto al financiero o contabilista (pues no es económico al no tener en cuenta el costo de la deficiencia con que en la actualidad se está atendiendo a los menores beneficiarios), al convertirse en ley de la República, evitará, que anualmente, mueran cerca de 1000 niños por una enfermedad cuyo tratamiento ha avanzado bastante, solamente con la decisión política de establecer guías de atención, suministrar los tratamientos de manera oportuna e integral, por personal idóneo, brindar el soporte del Hogar de Paso y apoyo psicosocial y en sitios especialmente dotados para este fin.

Por todo lo anteriormente expuesto, no aceptamos las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional, a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público, sobre el Proyecto de ley número 336 de 2008 Cámara, 094 de 2007 Senado, por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia.

“Ningún niño debería morir en los albores de la vida”. Danny Thomas. Fundador del St. Jude 1962.

Cordialmente,

Néstor Iván Moreno Rojas, Senador de la República; Jorge Morales Gil, Representante a la Cámara.

INFORME DE OBJECIONES PRESIDENCIALES AL PROYECTO DE LEY NUMERO 098 DE 2007 CAMARA, 217 DE 2007 SENADO

por medio de la cual se conmemoran los 30 años del Carnaval Departamental del Atlántico y los 10 años del Reinado Interdepartamental, se declaran patrimonio cultural de la Nación y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., diciembre 9 de 2008

Doctor

HERNAN ANDRADE SERRANO

Presidente

Honorable Senado de la República

Ciudad.

Doctor

GERMAN VARON COTRINO

Presidente

Honorable Cámara de Representantes

Ciudad.

Referencia: Informe de Objeciones Presidenciales al Proyecto de ley número 098 de 2007 Cámara, 217 de 2007 Senado.

Respetados Presidentes:

En atención a las comunicaciones recibidas donde se nos encarga por orden de la Presidencia del honorable Senado de la República y de la honorable Cámara de Representantes, el estudio de las Objeciones Presidenciales al proyecto de la referencia, consignadas en oficio de seis páginas fechado 24 de noviembre de 2008, actuando con nuestro usual comedimiento procedemos a través de este documento a presentar el respectivo informe a las objeciones presentadas por el señor Presidente de la República al proyecto aludido e insistir ante las respectivas plenarias, por lo que solicitamos darle el trámite pertinente.

Los reparos del Gobierno Nacional en cabeza del señor Presidente, de su Ministro de Hacienda y Crédito Público y de su Ministra de Cultura son de inconstitucionalidad e inconveniencia, razón por la cual el estudio se dividirá en dos partes.

I. OBJECIONES POR INCONSTITUCIONALIDAD

Fundamentos del Gobierno

El proyecto en estudio consta de seis artículos, de los cuales el Gobierno objeta directamente los artículos 2º, 3º, 4º y 5º cuyos contenidos son los siguientes:

“Artículo 2º. La Nación a través del Ministerio de Cultura contribuirá al fomento, internacionalización, promoción, divulgación, financiación y desarrollo de los valores culturales que se originan alrededor de las expresiones folclóricas y artísticas que han hecho tradición en el Carnaval Departamental del Atlántico en Santo Tomás y en su Reinado Intermunicipal.

Artículo 3º. A partir de la sanción de la presente ley y de conformidad con los artículos 334, 341, 288 y 345 de la Constitución Política y de las competencias establecidas en las Leyes 715 de 2001 y 397 de 1997 autorizase al Gobierno Nacional, Ministerio de Cultura para incorporar dentro del Presupuesto General de la Nación y/o impulsar a través del sistema nacional de cofinanciación las apropiaciones requeridas en la presente ley.

Parágrafo. El costo total para los cometidos de la presente ley asciende a \$1.000.000.000 millones de pesos y se financiarán con recursos del presupuesto nacional. Para tal fin, se deberán tener en cuenta las proyecciones del Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Artículo 4º. Las autorizaciones otorgadas al Gobierno Nacional en virtud de esta ley, se incorporarán de conformidad con lo establecido en el artículo 3º, en primer lugar, reasignando los recursos hoy existentes en cada órgano ejecutor, sin que ello implique un aumento del presupuesto. En segundo lugar, de acuerdo con las disponibilidades que se produzcan en cada vigencia fiscal.

Artículo 5º. El Gobierno Nacional queda autorizado para impulsar y apoyar ante otras entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, la obtención de recursos económicos adicionales o complementarios a las que se autorizaren apropiarse en el Presupuesto General de la Nación de cada vigencia fiscal, destinadas al objeto a que se refiere la presente ley.

Parágrafo. Las apropiaciones autorizadas dentro del presupuesto General de la Nación, deberán contar para su ejecución con programas y proyectos de inversión.

Fundamenta el Gobierno las objeciones en la vulneración del artículo 151 de la Constitución Política, en cuanto expidió con base en las facultades allí contenidas la Ley Orgánica número 819 de 2003, la cual debió tener en cuenta el Congreso de la República durante el trámite del proyecto de ley objetado, concretamente su artículo 7º.

Se tiene entonces, que en esta primera, fundamentación el Gobierno Nacional cita de manera textual el contenido del artículo 7º de la Ley 819 de 2003, en sus tres primeros incisos e invoca el carácter orgánico de la misma para decir que las exigencias allí contenidas no fueron incluidas en el proyecto estudiado, argumentos estos que consideraremos más adelante.

Concluye esta primera parte de las objeciones por inconstitucionalidad de la siguiente manera:

“Como lo dispone el inciso 1º de la norma transcrita en los proyectos de ley que cursan en el Congreso que ordenan gasto debe ser explícito el impacto fiscal de la norma y deberá en el parágrafo del artículo 3º se evalúan en mil millones de pesos (\$1.000.000.000,00).

Lo que señala la Ley 819 es que los proyectos de ley deben ajustarse al impacto fiscal siendo compatibles con el Marco Fiscal de mediano Plazo, no bastando para ello que el texto de la norma simplemente lo enuncie y condicione su ejecución a ello. Por esto el plantear que los recursos presupuestales que se utilizarán para la ejecución de lo dispuesto en el proyecto de ley, serán derivados de la reasignación de los recursos incorporados al presupuesto de los órganos ejecutores, se constituye en una forma de eludir el contenido sustancial del artículo 7º de la Ley 819 de 2003.

En el proyecto en estudio no existe antecedente alguno, ni siquiera en la exposición de motivos se insinúa, que permita concluir que la suma establecida como “El costo total para los cometidos de la presente ley asciende a \$1.000.000.000 millones de pesos y se financiarán con recursos del presupuesto nacional”, prevista en el parágrafo ya enunciado, tenga un sustento real. Es evidente que simplemente obedecen a la pretensión del legislador, sin que se pueda determinar que exista un estudio serio y juicioso que permita determinar cuáles fueron los criterios que tuvo en cuenta el legislador para llegar a dicha cifra, y por lo tanto los estudios de impacto mínimos que se requieren para empezar el trámite de la iniciativa legislativa.

La alusión que se hace en el parágrafo del artículo 5º del articulado, de la obligación de contar para su ejecución con programas y proyectos de inversión, no es suficiente para desvirtuar, por el contrario confirma la total ausencia de estudios y criterios técnicos de análisis previo del verdadero impacto de la normatividad que pretende expedir.

De esta manera, al desconocer el legislador el contenido del artículo 7º de la Ley 819 de 2003, incurre en violación del artículo 151 de la Constitución Política.

ANÁLISIS DE LAS OBJECIONES POR INCONSTITUCIONALIDAD

En este punto hay que hacer notar el desconocimiento del gobierno en cuanto a los últimos y reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional relacionados con el artículo 7º de la Ley 819 de 2003.

En lo que va corrido de este Gobierno, en sus dos períodos, se ha demostrado después de grandes discusiones jurídicas al interior del Congreso y de importantes sentencias de la Corte la validez constitucional de este tipo de proyectos cuando los argumentos han sido los que hoy nuevamente propone el señor Presidente. Sin embargo luego de sopesar con sereno juicio varios antecedentes y los pronunciamientos más

recientes de la Corte así como también de revisar las normas relativas a las competencias del Ejecutivo y el legislativo en cuanto a iniciativa en materia de gasto público, y real interpretación de los alcances y exigencias del artículo 7º de la Ley 819 de 2003, así como la norma invocada como violada, se ha llegado a las siguientes consideraciones:

Los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del proyecto de ley no violan el artículo 151 de la Constitución Política. Autorizar Gasto Público es Constitucional.

La Constitución Política de 1991, establece como regla general para el Congreso, la de la libre iniciativa legislativa en materia presupuestal y en particular, en lo relativo a la iniciativa del gasto. Sobre este punto se manifestó desde la Asamblea Nacional Constituyente se dejó clara esta posición cuando se le devolvió la iniciativa del gasto al Congreso y enfatizó la constituyente que “esta iniciativa no puede confundirse con la capacidad de modificar las partidas propuesta por el gobierno en el proyecto de presupuesto. Son dos figuras totalmente distintas”¹:

También la Corte Constitucional desde sus inicios ha manifestado que las leyes que crean gasto público son simplemente títulos jurídicos que servirán de base para que en un momento ulterior el Gobierno, si lo juzga conveniente, incorpore en el Presupuesto General de la Nación los rubros necesarios para satisfacer las obligaciones decretadas previamente por el Congreso. Expresamente ha dicho la Corte que la “*iniciativa del Congreso para presentar proyectos de ley que decreten gasto público, no comporta la alteración o modificación del Presupuesto General de la Nación. Sencillamente esas leyes servirán de título para que eventualmente, a iniciativa del Gobierno, se incluyan en la ley anual del presupuesto las partidas necesarias para atender esos gastos*”².

Con demasiada reiteración en sentencias de constitucionalidad ha dicho que las iniciativas del Congreso que **autorizan** gasto público no tienen “*per se*” la capacidad jurídica para modificar directamente la ley de apropiaciones o el Plan Nacional de Desarrollo, como tampoco pueden **ordenarle** tajantemente al ejecutivo que realice traslados presupuestales apropiados con arreglo en las famosas leyes de honores, o en cualquier otra, de manera que se garantice su aplicación.

Además de las anteriores consideraciones, también la Corte Constitucional ha reiterado que las autorizaciones otorgadas por el legislador al Gobierno Nacional, para la realización de gastos dirigidos a ejecutar obras en las entidades territoriales, son compatibles con las normas orgánicas, y no violan el artículo 151 superior³, en este sentido se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-581 de 1997, C-196 de 2001, C-483 de 2002, C-197 de 2001, C-1047 de 2004:

Por consiguiente en el contenido de las disposiciones aludidas no se está “ordenando” perentoriamente al gobierno que se incluyan esas partidas, solo bajo unos parámetros específicos que el mismo gobierno valorará. Contienen los artículos objetados “*simples alusiones genéricas*” sobre el apoyo financiero a las “*expresiones folclóricas y artísticas que han hecho tradición en el Carnaval Departamental del Atlántico en Santo Tomás y en su Reinado Intermunicipal*”⁴ normas de esta naturaleza, se concluyó, en nada interfieren ni en las competencias del Ejecutivo para la definición del contenido del proyecto de ley de presupuesto (artículo 346 C. P.), ni en la aplicación de las disposiciones orgánicas que regulan la actividad presupuestal (artículo 151 C. P. y Ley 819/03)⁵.

Luego de este breve recuento, se ha llegado a la conclusión después de un sinnúmero de pronunciamientos de la Corte Constitucional y conforme a las disposiciones constitucionales (artículo 151, artículo 346), que las leyes por medio de las cuales el Congreso decreta gasto público, se ajustan al ordenamiento constitucional cuando solo habilitan al Gobierno para incluir estos gastos en el proyecto de presupuesto. Por el contrario, son inconstitucionales, si por razón de dichas leyes se pretende forzar al

¹ Gaceta Constitucional número 67, mayo 4 de 1991, página 5). Asamblea Nacional Constituyente.

² Sentencia C-343 de 1995.

³ Sentencia C-731 de 2008.

⁴ Proyecto de ley número 098 de 2007 Cámara, 217 de 2007 Senado.

⁵ Sentencia 856 de 2006.

Gobierno a ejecutar un determinado gasto⁶. En otras palabras, una ley que autorice gasto público y que no utilice una “estructura gramatical” que no comporte un mandato imperativo, son de aquellas que permite colegir que no “ordenan gastos” sino que se trata únicamente de la autorización de un gasto para que el Gobierno lo incluya en el momento en que lo considere oportuno. Así lo ha señalado y reiterado por enésima vez y recientemente la jurisprudencia Constitucional en la (Sentencia C-731 de 2008 reiteró. En este sentido encontramos que el proyecto objetado se ajusta a la Carta Política.

El argumento jurídico escogido por el señor Presidente para las objeciones es la vulneración del artículo 151 de la C. P. por desconocimiento de la Ley Orgánica número 819 de 2003 y subraya lo pertinente del artículo 7°:

En los últimos años, el Gobierno ha venido utilizando una misma línea argumentativa para plantearle al Congreso de la República las objeciones relacionadas con los proyectos de ley que comportan gasto público. Se ha centrado el Gobierno en insistir sobre la exigibilidad y alcance del artículo 7° de la Ley 819 de 2003, norma esta, sobre la cual la Corte Constitucional ha hecho el juicio de constitucionalidad en varias ocasiones, llegando a elaborar toda una “doctrina constitucional” hoy por hoy consolidada y que por ser un control abstracto de constitucionalidad, resultan obligatorias para el Gobierno.

Este planteamiento, resulta de suma importancia en la medida en que el gobierno no debió objetar por inconstitucionalidad el proyecto de ley en cuestión, debido a que el fundamento mismo de la objeción están analizados y resueltos en las Sentencias C-856 de 2006, C-502 de 2007, 911 de 2007, 315 de 2008 y C-731 de 2008, la decisión de objetar por parte del gobierno ha quedado limitada a estos fallos del máximo tribunal constitucional de Colombia.

En este mismo sentido se ha venido pronunciando el Ministerio Público, manifestando:

Si el máximo órgano de la justicia constitucional ha analizado las razones de una objeción y las ha encontrado infundadas, el Gobierno Nacional no puede seguir ejerciendo su facultad de objetar los proyectos con base en los mismos argumentos que analizados por la Corte, se han considerado ajustados a la Carta Política, por cuanto en este caso hay un pronunciamiento que como tal obliga a todos los poderes públicos.

En casos como el de la referencia, ya no existe cuestionamiento sobre la constitucionalidad de la iniciativa del legislador frente al gasto público y sobre la figura de la con financiación para que la Nación pueda, en asocio con los entes territoriales desarrollar obras y prestar servicios que por disposición legal sólo están en cabeza de estos”⁷.

La Corte Constitucional ha venido reiterando la tesis jurisprudencial según la cual al Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Hacienda no le basta con comunicar solamente, como siempre lo hace, al Congreso, a las comisiones legislativas, a los autores de la leyes o a sus ponentes, la existencia de inconvenientes de orden presupuestal, ya que esa simple comunicación no impide de plano que se siga dando trámite a una ley que implique gastos para la realización de obras allí determinadas. El Ministerio de Hacienda debe aportar al Congreso los argumentos técnicos, mediante estudios cuya carga no puede trasladarse al órgano legislativo⁸.

En los argumentos de las objeciones el Gobierno Nacional se limita a decir que no encontró antecedente alguno que la suma establecida en el proyecto tenga sustento real. El Gobierno debió proponer, en los términos de la nueva interpretación que del artículo ha hecho la Corte, una sustentación técnica sí percibió que los costos fiscales estimados tenían un estimativo erróneo. No tiene presentación desde el punto de vista constitucional, que después de tantos fallos que indican que le compete al gobierno la carga de ilustrar técnicamente al Congreso sobre las limitaciones presupuestales del proyecto, se limite a decir que no

existió por parte del Congreso un estudio serio y juicioso que se tuvieron para lograr la cifra propuesta.

En este orden, el Gobierno no justifica constitucionalmente las objeciones, ya que es un argumento débil decir:

“Como lo dispone el inciso 1° de la norma transcrita en los proyectos de ley que cursan en el Congreso que ordenan gasto debe ser explícito el impacto fiscal de la norma y deberá en el parágrafo del artículo 3° se evalúan en mil millones de pesos (\$1.000.000.000,00).

Para este argumento, la Corte ha dicho que el Ministerio de conformidad con lo señalado en la jurisprudencia, el Gobierno debió presentar una valoración para que el Congreso pudiera considerar la conveniencia o inconveniencia de las obras propuestas desde el punto de vista de su financiación⁹.

Sigue afirmando el Gobierno:

“En el proyecto en estudio no existe antecedente alguno, ni siquiera en la exposición de motivos se insinúa, que permita concluir que la suma establecida como “El costo total para los cometidos de la presente ley asciende a 1.000.000.000.00 millones de pesos y se financiarán con recursos del presupuesto nacional”, prevista en el parágrafo ya enunciado, tenga un sustento real. Es evidente que simplemente obedecen a la pretensión del legislador, sin que se pueda determinar que exista un estudio serio y juicioso que permita determinar cuáles fueron los criterios que tuvo en cuenta el legislador para llegar a dicha cifra, y por lo tanto los estudios de impacto mínimos que se requieren para empezar el trámite de la iniciativa legislativa”¹⁰.

Decir en el proyecto que los recursos que se utilizarán en el proyecto de ley serán los derivados de la reasignación de los recursos incorporados al presupuesto de los órganos ejecutores, es proponer una fórmula, para que el Gobierno sea el que tome la decisión y si el Gobierno no estaba de acuerdo debió confrontarla porque tenía, como lo ha expresado la Corte los instrumentos para hacer un análisis técnico y con proyecciones para el debate democrático.

Argumentos válidos, conforme al ordenamiento constitucional colombiano, sustentaron nuestra propuesta, no fue una forma de “eludir” el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 como lo afirma el gobierno en el escrito de objeciones y por ello insistimos que solo el gobierno a través del Ministerio de Hacienda es quien en últimas ordena el gasto, en este sentido se ha expresado el ministerio Público al afirmar “**no hay leyes que ordenen gasto, porque el ordenador del gasto es un funcionario del Estado que ordena realizar una erogación que ha sido previamente creada por una ley o dispuesta por una sentencia judicial y autorizada por la Ley Anual de Presupuesto mediante la partida o apropiación correspondiente.** Así se desprende de la estructura en general de nuestro sistema presupuestario, conforme al cual, el Gobierno incluye los gastos que considere que deba realizar el Estado en el período de que se trate dentro del Proyecto de Ley Anual de Presupuesto según lo previsto por el artículo 345 de la Constitución Política. Es sabido, por otra parte, que en relación con las leyes que preceden al presupuesto público y que conforman los denominados títulos de gasto, el Gobierno puede tener diferentes grados de discrecionalidad respecto de su inclusión en el presupuesto¹¹.

En últimas el Gobierno en su debilidad argumentativa afirma que:

“La alusión que se hace en el parágrafo del artículo 5° del articulado, de la obligación de contar para su ejecución con programas y proyectos de inversión, no es suficiente para desvirtuar, por el contrario confirma la total ausencia de estudios y criterios técnicos de análisis previo del verdadero impacto de la normatividad que pretende expedir”¹².

Este argumento solo corrobora, que el gobierno desconoció en su integridad las argumentaciones de los fallos sobre todo el de la sentencia hito la C-502 de 2007, porque debió, ante las supuestas falencias, de orden

⁶ Al respecto consultar sentencias.

⁷ Procuraduría General de la Nación. Concepto número 3841 de junio 29 de 2005 y Concepto 4656 de noviembre 14 de 2008.

⁸ Ver Sentencias C-502 de 2007, C-731 de 2008.

⁹ Sentencia C-731 de 2008.

¹⁰ Oficio de Objeciones número SG.2,3599-2008.

¹¹ Procuraduría General de la Nación. Concepto.

¹² Oficio No Objeciones Presidenciales número SG.2,3599-2008.

técnico del impacto del proyecto proceder a presentar al Congreso dichos estudios y convencer durante el trámite legislativo que el proyecto no podría surtir su trámite, no por falta de requisitos sino porque se llegó a esa conclusión después de que el mismo Ministerio hiciera lo pertinente.

Finalmente, para darle más sustento a los argumentos expuestos y no acoger las objeciones presidenciales, es oportuno traer en resumen lo que la Corte Constitucional ha reafirmado en los últimos años:

“Es decir, el mencionado artículo debe interpretarse en el sentido de que su fin es obtener que las leyes que se dicten tengan en cuenta las realidades macroeconómicas, pero sin crear barreras insalvables en el ejercicio de la función legislativa ni crear un poder de veto legislativo en cabeza del Ministro de Hacienda. Y en ese proceso de racionalidad legislativa la carga principal reposa en el Ministerio de Hacienda, que es el que cuenta con los datos, los equipos de funcionarios y la experticia en materia económica. Por lo tanto, en el caso de que los congresistas tramiten un proyecto incorporando estimativos erróneos sobre el impacto fiscal, sobre la manera de atender esos nuevos gastos o sobre la compatibilidad del proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, le corresponde al Ministro de Hacienda intervenir en el proceso legislativo para ilustrar al Congreso acerca de las consecuencias económicas del proyecto. Y el Congreso habrá de recibir y valorar el concepto emitido por el Ministerio. No obstante, la carga de demostrar y convencer a los congresistas acerca de la incompatibilidad de cierto proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo recae sobre el Ministro de Hacienda”¹³.

La Corte Constitucional, en el mismo sentido se manifestó en la Sentencia C-731 de 2008:

“Aún cuando en esta carta el Ministerio insiste en que el Congreso ‘analice’ las consecuencias fiscales de los proyectos de obras autorizados, de ello no se sigue que la carga de realizar el estudio haya sido trasladada por el Gobierno al Congreso, ni que la ausencia del mismo le impida al Congreso continuar con el trámite legislativo. De conformidad con lo señalado en la jurisprudencia citada, el Gobierno debió presentar esa valoración para que el Congreso pudiera considerar la conveniencia o inconveniencia de las obras propuestas desde el punto de vista de su financiación”¹⁴. (Negrilla fuera de texto).

“3.4. En conclusión, en el asunto bajo estudio, las objeciones formuladas al proyecto de ley resultan infundadas por dos razones: (i) porque la fórmula empleada por el Legislador para la financiación de las obras públicas en el municipio de Alejandría –que emplea la expresión ‘autorícese’– no ordena al gobierno incluir una partida sino que permite que tales obras se sufraguen a través del sistema de cofinanciación, que esta Corporación ha señalado como acorde a la Constitución Política; y, (ii) porque la exigencia de que se conozcan los costos fiscales que genera cada una de las leyes aprobadas por el Congreso de la República, establecida en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, es una herramienta para la racionalidad legislativa, que crea una carga inicial sobre el Ejecutivo que este no cumplió en el presente caso, la cual no puede constituirse en una barrera insalvable para el ejercicio de la función legislativa de manera autónoma por parte del Congreso de la República”¹⁵.

“Por lo anteriormente considerado, el Despacho concluye de conformidad con la jurisprudencia constitucional: (i) que el legislador tiene iniciativa legislativa en relación con el gasto público; (ii) que las disposiciones legales que autorizan gastos no son inconstitucionales en la medida en que no ordenen al Ejecutivo la realización del mismo, en consecuencia, este puede incorporarlas al presupuesto de gastos en el momento en que lo considere conveniente; (iii) que la imposición del artículo 7° de la Ley 819 de 2003, constituye una carga relacionada con el estudio y valoración del gasto que corresponde al Ejecutivo, la cual no puede trasladarse al Órgano Legislativo; y, (iv) que el sólo anuncio de inconveniencia presupuestal que el Ejecutivo le haga al Órgano Legislativo a través de sus células o comisiones no impide que

aqueel continúe con el trámite de las leyes –aún las llamadas ‘leyes de honores’– en cuanto constituye una de sus funciones esenciales”¹⁶. (Subrayado fuera de texto).

II. OBJECIONES POR INCONVENIENCIA

Entre los argumentos esgrimidos por el señor Presidente para sustentar las objeciones por inconveniencia están los siguientes:

1. El Gobierno Nacional promovió la expedición de la Ley 1185 del 12 de marzo de 2008, por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997. Se promovió esta ley con el fin de fijar algunos procedimientos para la protección y salvaguarda del Patrimonio Cultural de la Nación, basado en el principio de coordinación que garantizado por un Sistema Nacional de Patrimonio Cultural entre instancias públicas del nivel nacional y territorial que ejerzan competencias sobre el patrimonio cultural de la Nación.

2. No es necesario declarar patrimonio cultural de la Nación el Carnaval Departamental y el Reinado Intermunicipal de Santo Tomás, en el departamento del Atlántico: el Carnaval, es patrimonio cultural de la Nación, hace parte de las manifestaciones a las que se les atribuye, entre otros especial interés histórico, artístico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico y antropológico.

3. El reconocimiento de patrimonio cultural de la Nación a través de la adopción de leyes genera un profundo quebrantamiento del Sistema Nacional de Patrimonio Cultural tal y como se concibió por el legislador en la Ley 1185 de 2008, generando en muchos casos riesgos para las manifestaciones culturales que se protegen con la adopción de este tipo de instrumentos.

4. Los artículos 2°, 3°, 4° y 5° del proyecto, señalan obligaciones para el Ministerio de Cultura, imposibles de cumplir sin el respectivo respaldo presupuestal. En el evento en que se ordenen las partidas necesarias deberá determinarse explícitamente su compatibilidad con el Marco Fiscal de mediano Plazo, los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de recursos con las cuales se atenderán los gastos.

Los demás argumentos se sustentan en hacer unas teorizaciones en torno a las manifestaciones culturales y los bienes de interés cultural y la manera como deben ser abordadas y reconocidas según el Ministerio de Cultura.

ANÁLISIS DE LAS OBJECIONES POR INCONVENIENCIA

La Ley 1185 de 2008 no es un argumento de inconveniencia

El Ministerio de Cultura, también, viene asumiendo una posición apoyada en una interpretación errónea de la Ley 1185 de 2008 para impedir que el proyecto de ley de la referencia sea sancionado como ley de la República. El señor Presidente, alude a la ley como el instrumento que se expidió para cohesionar el Sistema de Patrimonio Cultural de la Nación, mas no para impedir que el Congreso de Colombia ejerciera su primigenia facultad de legislar sobre cualquier materia que le estuviera permitida por la Constitución.

Todos los argumentos que se esgrimen para estas objeciones no son incompatibles con la función de legislar del Congreso de la República. Este tipo de proyectos, no pueden seguir siendo estigmatizados como de poca importancia, y que solo el Ministerio puede estar habilitado para hacer tal declaración, ya que es, precisamente, en el seno del Congreso de la República, principal órgano de cualquier democracia y representativo de una nación donde debe hacerse legítimamente la declaración de patrimonio cultural y otorgarle un instrumento legal a los pueblos en la lucha por la conservación de las tradiciones populares y en general por todo tipo de tradición.

Un proyecto de ley que declara patrimonio cultural a una serie de tradiciones populares –que no solo han impactado el quehacer cultural de la población Tomasina, sino que también su riqueza cultural se ha desplegado a lo largo del territorio nacional– no puede estar sujeto a la retórica compleja y a veces de coyuntura política, de funcionarios de

¹³ Sentencia C-502 de 2007.

¹⁴ Sentencia C-731 de 2008.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

turnos, que sin un real conocimiento del componente fáctico de esas tradiciones y sin sustento en una política cultural de Estado, se habilitan para definir lo que es un Patrimonio cultural, *desconociendo que es materia que debe ser abordada por el Congreso de la República como legítimo materializador del principio democrático en un Estado Constitucional como el colombiano.*

Que sea en el foro democrático en el que se puedan analizar estas propuestas, donde también se pueda brindar oportunidad a las comunidades para aportar en la deliberación de su propio patrimonio cultural y no en el escenario de medidas administrativas como la que la Ministra de Cultura ha querido hacer valer amparada en una errónea interpretación de la Ley 1185 de 2008.

Estos proyectos deben convertirse en la oportunidad de hacer legal la lucha por una cultura del comportamiento comunitario, *“por ciertas manifestaciones propias e irrepetibles, inherentes a un tipo de sociedad y que además evolucionan naturalmente en su transmisión intergeneracional y en su adaptación a la vida contemporánea”*¹⁷. Estos son los fundamentos dentro de los cuales se ha movido nuestra intención para hacer que la actividad comunitaria que se ha desarrollado y heredado a través de generaciones en torno al Carnaval Departamental de Santo Tomás, como símbolo de las festividades en el Municipio de Santo Tomás, con *“impacto sociocultural, perdurabilidad y proyección”*¹⁸, sea declarada Patrimonio y cultural de la Nación. ¿Por qué razón no puede el Ministerio de Cultura, en colaboración armónica con el Congreso de la República acompañar el proceso democrático de tales declaraciones? ¿O es que para el Gobierno Nacional resulta más democrático un acto unilateral de la Administración haciendo tal declaración?

Se ha querido vender la idea de que a partir de la expedición de la Ley 1185 de 2008 el Congreso no puede volver a tramitar este tipo de proyectos que, hoy se objetan. La ley no le está impidiendo al Congreso que apruebe esta clase de proyectos, porque sería admitir que una ley ordinaria modificó la Cláusula General de Competencias que es de rango constitucional ya que es claro que en su artículo 5º modificatorio del artículo 8º de la Ley 397 de 1997, estableció que son bienes de interés cultural del orden nacional los declarados por la ley, el Ministerio de la Cultura o el Archivo General de la Nación.

Taxativamente dice la ley:

“Artículo 5º. Modifíquese el artículo 8º de la Ley 397 de 1997 el cual quedará así:

“Artículo 8º. *Procedimiento para la declaratoria de bienes de interés cultural.*

a) Al Ministerio de Cultura, previo concepto favorable del Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, le corresponde la declaratoria y el manejo de los bienes de interés cultural del ámbito nacional.

Son bienes de interés cultural del ámbito nacional los declarados como tales por la ley, el Ministerio de Cultura o el Archivo General de la Nación, en lo de su competencia, en razón del interés especial que el bien revista para la comunidad en todo el territorio nacional;...”. (El subrayado no es del texto original).

La Ley 1185 de 2008, no establece nada nuevo en relación a la materia que trata, solo cambia de nombre al Consejo de Monumentos nacionales por el de Consejo Nacional de Patrimonio Cultural y recoge en su mayoría lo establecido en la Resolución 0168 de 2005.

Los argumentos aludidos para las objeciones no pueden servir para **limitar la independencia del Congreso. Los Constituyentes de 1991 fueron muy enfáticos en lo relacionado con el principio de independencia del órgano legislativo, especialmente con el órgano ejecutivo.** En plena consolidación de nuestra Constitución, no puede ser de buen recibo que estos Ministerios que coadyuvan en las objeciones, con interpretaciones alejadas de realidad Constitucional, superpongan sus conceptos y lo que

es más grave, que el Congreso asuma una posición de total anuencia con el Ejecutivo en la creencia de que los argumentos que exponen son tan ciertos que no hay lugar a someterlos al debate.

Hay que recordar tanto a los Ministerios de Hacienda como al de Cultura, así como también a los honorables Congresistas que la **potestad de configuración del Legislador y su competencia para el desarrollo de la Constitución**, no encuentra “límites diferentes al acatamiento de los preceptos, principios y valores constitucionales”. De admitirse que los mencionados Ministerios tienen la potestad de ponerle límites a la legítima facultad del Congreso, sería desconocer la autonomía de que está revestido el Congreso en el ejercicio de su función legislativa y bajo el amparo del “principio de separación de poderes y respecto del principio democrático”.

CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA LEGISLATIVA PARA DECLARAR PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION.

El Gobierno a través del Ministerio de Cultura no puede seguir insinuando que por haberse expedido la Ley 1185 de 2008 el Congreso no puede seguir tramitando proyectos de ley como el que hoy se objeta, argumentar esto es ir en contravía de las reiteradas jurisprudencias de la constitucional sobre cláusula general de competencias.

Aunque el legislador delegó en el Consejo de Patrimonio Nacionales ciertas atribuciones, esto no obsta para que, en virtud de la cláusula general de competencia, pueda el Congreso darle directamente el carácter de Patrimonio Cultural de la Nación a una expresión de la colectividad Tomasina, creada y reconocida por largos años por ella misma, es decir, con perdurabilidad en el tiempo, con significación propia, arraigo e impacto sociocultural. El hecho de que no se escoja la vía administrativa sino la del procedimiento democrático para la toma de la decisión consignada en el proyecto de ley objetado, es pues, un argumento de “conveniencia pero no de constitucionalidad”¹.

Quiere decir lo anterior y en **aras de preservar en su integridad la norma constitucional sobre la potestad del Congreso de la República para hacer tales declaraciones,** que de ahora en adelante como anteriormente se tendrán dos vías para que se declaren bienes de interés cultural algunas tradiciones culturales; la vía del procedimiento democrático, es decir, el Congreso de la República y la vía de procedimiento administrativo ante el ministerio de Cultura y su Consejo Nacional de Patrimonio. **Por lo tanto, no hay lugar a detener el procedimiento democrático que hasta ahora se ha venido desarrollando por congreso invocando una ley, que en primer lugar, no niega esa posibilidad porque iría en contra de la potestad que se desprende de la cláusula general de competencias para que el Congreso tramite estos proyectos y en segundo lugar estarían aplicando retroactivamente una ley que tiene efectos hacia el futuro a un trámite legislativo consolidado con anterioridad a la vigencia de la Ley 1185 de 2008.**

En este orden, aunque se delegue en un organismo en este caso el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, anteriormente Consejo de Monumentos Nacionales la declaratoria de un patrimonio cultural, no quiere decir que el Congreso de la República pierda su competencia para que a través del procedimiento democrático se pueda hacer tal declaración.

Por consiguiente, **aceptar que las condiciones establecidas en la Ley 1185 de 2008 constituyen un requisito de trámite de una ley de declaración de patrimonio cultural y que solo le incumbe cumplirla única y exclusivamente al Ministerio de Cultura, reduce desproporcionadamente la capacidad de iniciativa legislativa que reside en el Congreso de la República, con lo cual se vulnera el principio de separación de las Ramas del Poder Público, en la medida en que se lesiona seriamente la autonomía del Legislativo.**

Ahora bien, el proyecto de ley estima ciertamente una cifra específica a destinar del presupuesto nacional para invertir en el *“fomento, internacionalización, promoción, divulgación, financiación y desarrollo de los valores culturales que se originan alrededor de las expresiones folclóricas y artísticas que han hecho tradición en el Carnaval Departamental del Atlántico en Santo Tomás y en su Reinado*

¹⁷ Eusebio Leal, “Patrimonio tangible e intangible dos ópticas, un mismo reto”. 8th OWHC World Symposium, Cusco, Perú, 2005.

¹⁸ Concepto Ministerio de Cultura.

¹ Sentencia 343 de 1995 Corte Constitucional.

Intermunicipal”, pero no se está dando un mandato imperativo al Gobierno. En cuanto a este punto se pueden observar los argumentos expuestos cuando se analizaron las objeciones por inconstitucionalidad.

Proposición

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, solicito a los honorables Representantes miembros de la plenaria que se insista para que sea aprobado por mayoría en los términos establecidos por el artículo 199 de la Ley 5ª de 1992 y de conformidad con lo siguiente:

Primero. En relación con las objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno en contra de los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del Proyecto de ley número 098 de 2007 Cámara y 217 de 2007 Senado, *por medio de la cual se conmemoran los 30 años del Carnaval Departamental del Atlántico y los 10 años del Reinado Interdepartamental, se declaran patrimonio cultural de la Nación y se dictan otras disposiciones* recomendamos no acoger la objeción por inconstitucionalidad.

Segundo. En relación con la objeción de inconveniencia formulada por el Gobierno en contra de los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del Proyecto de ley número 098 de 2007 Cámara y 217 de 2007 Senado, *por medio de la cual se conmemoran los 30 años del Carnaval Departamental del Atlántico y los 10 años del Reinado Interdepartamental, se declaran patrimonio*

cultural de la Nación y se dictan otras disposiciones recomendamos no acoger la objeción.

De los honorables Representantes,

Efraín Cepeda Sarabia, honorable Senador de la República; *Jaime Cervantes Varelo*, Representante a la Cámara, departamento del Atlántico.

CONTENIDO

Gaceta número 940 - Lunes 15 de diciembre de 2008	
SENADO DE LA REPUBLICA	
INFORMES DE OBJECIONES PRESIDENCIALES	
Informe de objeciones al Proyecto de ley número 336 de 2008 Cámara, 094 de 2007 Senado, por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia.....	1
Informe de objeciones presidenciales al Proyecto de ley número 098 de 2007 Cámara, 217 de 2007 Senado, por medio de la cual se conmemoran los 30 años del Carnaval Departamental del Atlántico y los 10 años del Reinado Interdepartamental, se declaran patrimonio cultural de la Nación y se dictan otras disposiciones.....	7