



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

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

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXI - N° 677

Bogotá, D. C., martes, 9 de octubre de 2012

EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

CÁMARA DE REPRESENTANTES

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 169 DE 2012 CÁMARA

*por medio de la cual se reglamenta el cobro
de los derechos de grado por parte
de las instituciones educativas.*

Artículo 1°. *Objeto de la ley.* La presente ley tiene por objeto reglamentar la procedencia del cobro de los derechos de grado en las Instituciones Educativas de todo nivel debidamente reconocidas por el Gobierno Nacional.

Artículo 2°. Adiciónese un artículo nuevo en el Capítulo I del Título XI de la Ley 155 de 1994, en los siguientes términos:

Artículo nuevo. Derechos de grado. Las instituciones educativas, tanto públicas como privadas, podrán cobrar al estudiante o a su acudiente, el valor que corresponda a la retribución proporcional a los costos que se generen como consecuencia de la graduación, siempre y cuando este último o el estudiante, hubieren decidido autónomamente participar en los actos sociales conmemorativos de la graduación. Estos costos deberán estar debidamente justificados, ser razonables y estar previamente aprobados por quien tenga potestad para ello de conformidad con la ley y con la reglamentación de la institución educativa.

Parágrafo 1°. La participación en los actos sociales conmemorativos de la graduación no tiene un carácter obligatorio. Por ende, quien no participe de aquellos actos, igualmente tendrá derecho a recibir su título académico de conformidad con lo previsto en el artículo 88 de la presente ley, y en este caso, las instituciones educativas solamente podrán exigir el pago del costo que genere la materialización del documento de certificación respectivo.

Artículo 3°. Adiciónese un parágrafo nuevo al artículo 122 de la Ley 30 de 1992 en los siguientes términos:

Parágrafo 3°. El pago de los derechos de grado indicado en el literal e) del presente artículo, no tendrá carácter obligatorio. El Estudiante que haya cumplido con todos los requisitos académicos para obtener el título de

educación superior al que opta, y decida de manera autónoma no participar en los actos sociales conmemorativos de la graduación, conservará el derecho a obtener el título que lo acredita como egresado del programa académico respectivo. Las Instituciones de Educación Superior solo estarán capacitadas para exigir el pago del costo que genere la materialización del o los documentos que permitan certificar el título concedido.

Artículo 4°. Esta ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las que le sean contrarias.

Laureano Augusto Acuña Díaz,
Representante a la Cámara,
Departamento del Atlántico.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Objeto

A través del proyecto de ley que se pone en consideración de los honorables Congresistas, se pretende regular la procedencia del cobro de los denominados “derechos de grado”, por parte de las instituciones educativas de todo nivel que funcionan en la República de Colombia, indicando que las instituciones educativas pueden efectuar los cobros a que haya lugar, siempre y cuando el estudiante o su acudiente se encuentren de acuerdo en participar de los eventos conmemorativos del grado. Si el estudiante o su acudiente no están interesados en participar de los eventos previamente relacionados, conservarán el derecho constitucional a obtener el documento mediante el cual la institución educativa certifica el título concedido al estudiante, simplemente pagando los costos que genere la materialización del (los) documento (s).

II. Fundamento legal y constitucional

En Colombia, de conformidad con lo previsto por el artículo 67 de la Constitución Política de Colombia, la educación es “un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura”. Si bien en la Constitución Política el derecho a la educación no quedó encasillado dentro de los derechos que

tienen carácter fundamental, por interpretaciones de carácter jurisprudencial el mismo ha sido elevado a tal rango. En efecto, la Corte Constitucional de Colombia mediante varias sentencias de constitucionalidad se ha pronunciado frente a la educación como derecho fundamental, argumentando para ello lo siguiente:

“El criterio empleado en este momento para determinar si un derecho es fundamental o no consiste en que se otorga “el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal” (Sentencia T-418 de 1992. M. P. Simón Rodríguez)”.

Esta concepción del derecho a la educación como fundamental por mérito de su inherencia a las características indelebles del ser humano, se mantiene aún como derrotero de interpretación en la jurisprudencia colombiana, en consonancia con la interpretación del mismo derecho a nivel internacional¹. Para sustentar esta posición, citamos nuevamente a la Corte Constitucional, en esta ocasión a través de la Sentencia T-933 de 2005 M. P. Doctor Rodrigo Escobar Gil, de la cual se puede hacer el siguiente extracto:

“La jurisprudencia constitucional, en completa sintonía con las normas internacionales sobre derechos humanos, le ha otorgado a la educación el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, inherente al ser humano, que como tal debe ser garantizado, promovido y respetado sin que resulte admisible proponer, respecto de su dimensión más íntima o ámbito irreductible de protección, ningún tipo de restricción o desconocimiento que impida su ejercicio. Esta posición fue la acogida por la Corte desde sus primeros pronunciamientos sobre la materia. Los derechos fundamentales pueden ser regulados y canalizados en sus diversas expresiones, pero nunca desconocidos de plano o “desnaturalizados”. Tratándose del derecho a la educación, si para asegurar su ejercicio los reglamentos fijan requisitos y adoptan medidas que no lo restringen de modo injustificado, desproporcionado y arbitrario, entonces no puede afirmarse que por ese solo hecho se configura una violación del mismo o de aquellos que le son afines. En realidad, la violación se produce cuando los referidos requisitos, analizados a la luz de una situación particular y concreta, antes que buscar viabilizar u optimizar el derecho, apuntan a impedir u obstruir su legítimo ejercicio haciéndolo del todo nugatorio”. (Negrilla fuera de texto).

A partir del anterior extracto, fluye patente e indiscutido no solamente que el Derecho a la Educación definitivamente se encuentra catalogado como fundamental a través de interpretación pacífica durante la existencia de la Corte Constitucional, sino que por su misma naturaleza de fundamental, no puede hacerse nugatorio a través de reglamentaciones que no buscan optimizar-

lo y hacerlo viable, sino que se encuentran instituidas para impedir u obstruir su legítimo ejercicio.

La educación en Colombia, de conformidad con lo previsto por el artículo 1º de la Ley 115 de 1992, se entiende como *“un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes”*. El Sistema Educativo Colombiano está compuesto por la educación inicial, la educación preescolar, la educación básica (primaria cinco grados y secundaria cuatro grados), la educación media (dos grados y culmina con el título de bachiller), y la educación superior. Esto último nos permite inferir que la formación permanente por la que propugna y que debe garantizar el Estado colombiano, está catalogada por etapas, las cuales solo pueden ser superadas cumpliendo una serie de requisitos académicos que permitan a la institución educativa certificar la probidad del estudiante.

En este sentido, teniendo en cuenta todo lo previamente anotado, podemos tomar como definición sintetizadora, que el sistema educativo colombiano es un binomio Derecho – Deber, que se encuentra catalogado como un derecho fundamental inherente al ser humano que el Estado debe garantizar y propender por su efectivización, y que consiste en un proceso de formación permanente, en el que el ciudadano debe cumplir con una serie de requisitos y sobrepasar determinados niveles de evaluación, para que de esta manera le pueda ser asegurado su derecho a la formación continuada y, por ende, a obtener una certificación por la aprobación de aquellos estudios.

Los servicios educativos pueden ser prestados por Instituciones Estatales, o por particulares que funden establecimientos educativos, siempre y cuando cumplan con las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional, de conformidad con lo previsto por el artículo 3º de la Ley 115 de 1994.

Las instituciones educativas que certifican, en los términos previstos por la ley, la aprobación de estudios a través de un “título académico”, sean de naturaleza privada o pública, tienen dentro de sus planes de estudios o Proyectos Educativos Institucionales (PEI), según corresponda, una serie de requisitos que deben ser superados en su totalidad por parte del estudiante, so pena de no hacerse acreedor al respectivo título académico. Dentro de estos requisitos, evidentemente se encuentran algunos de tipo económico, como pueden ser los pagos de las mensualidades o matrículas periódicas, o en general de costos que se generan por la misma prestación del servicio, circunstancia a la cual no se oponen la ley ni la Constitución.

A pesar de lo anterior, existe un cobro catalogado como “cobro académico”, incluso en la ley (Ley 155 de 1994 y artículo 122 de la Ley 30 de 1992), que no es otro que los denominados “derechos de grado”. Estos derechos de grado son un emolumento que las instituciones educativas de todas las categorías cobran a sus estudiantes, como consecuencia de los gastos administrativos relacionados con la acreditación, y el costo que estima la institución educativa, tiene el acceso a los actos sociales conmemorativos del grado.

Ya la Corte Constitucional en pretérito pronunciamiento los ha definido como “los costos administrativos generados con la graduación”². A pesar que

¹ Derecho protegido por disposiciones internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículos 13 y 14 (Ley 74 de 1968), además de otros pactos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño artículos 23, 24, 28 y 29 (Ley 21 de 1991), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, (Ley 51 de 1981, artículo 5º) y, el Convenio Andrés Bello de Integración Educativa, Científica, Tecnológica y Cultural (Ley 20 de 1992), entre otros.

² Corte Constitucional. Sentencia C-654 de 2007 M. P. Doctor Nilson Pinilla P.

en la ley, tanto para la educación superior como para las instituciones de educación formal, no existe una definición clara y definitiva acerca de lo que son los derechos de grado, tal como ya se dijo estos cobros se encuentran previstos y son cobijados bajo la autonomía universitaria y la libertad de empresa, y mutatis mutandi, bajo la autonomía e intereses económicos que tienen las instituciones educativas de carácter privado para regir sus destinos y autorreglamentarse.

A través del proyecto de ley que ocupa la atención de los honorables Congresistas, no se pretende de ninguna manera atacar el reconocimiento constitucional que las instituciones educativas tienen, lo que se pretende es suavizar la tensión constitucional que genera la protección *per se* de estos derechos, frente a la protección de los derechos constitucionales de los estudiantes, derechos unos y otros que tienen exactamente la misma categoría constitucional y, por ende, debe propugnar el Estado por su protección y garantía.

En este sentido lo que se quiere es generar una vía alternativa, que permita a las instituciones educativas seguir manteniendo el cobro de los “derechos de grado”, en la forma y cuantía que lo permiten la ley y la jurisprudencia constitucional, pero que también permita que los estudiantes puedan simplemente acceder a su título académico de acreditación como bachiller o como profesional, simplemente pagando el costo derivado de la impresión de los documentos que permitan a la institución educativa acreditar el título que está concediendo, por supuesto, siempre y cuando el estudiante o su acudiente no quieran participar en los actos conmemorativos del grado. Básicamente lo que pretendemos señores Congresistas, es que por ley quede instituido el coloquialmente denominado “grado por ventanilla”, como una garantía para el estudiante que no quiera o no pueda sufragar los costos del grado.

Es importante indicar señores Congresistas, que actualmente existe una condicionante de la exequibilidad del artículo 122 de la Ley 30 de 1992 de educación superior, estudiada por la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-C-654 de 2007 M. P. Doctor Nilson Pinilla P., respecto de los estudiantes de las Universidades que por circunstancias de tipo económico no puedan pagar los “derechos de grado”. En este sentido la Corte Constitucional se manifestó de la siguiente manera:

“En conclusión, es exequible el literal e) del artículo 122 de la Ley 30 de 1992, que consagra el cobro de ‘derechos de grado’ como valores que pueden exigir las universidades, en el entendido de que a quienes carezcan de capacidad económica para sufragarlos, no se les podrá exigir su pago y conservan el derecho a graduarse”.

A más de lo anterior, este proyecto de ley no solamente se limita a legislar respecto de las instituciones de educación superior, sino que de igual manera pretende hacerlo respecto de los colegios (instituciones de educación formal), pues en estas igualmente se efectúan este tipo de cobros y, por ende, es necesario regular su procedencia. Así mismo, es menester indicar que no solamente se regula la situación de quien no posee medios económicos para sufragar los gastos ampliamente relacionados, sino que también se incluye a las personas que no se encuentran interesadas en participar de los actos conmemorativos, quienes de igual manera podrán contar con la prerrogativa de graduarse de la manera prevista por este proyecto de ley, esto es, “por ventanilla”.

Ahora bien, queremos ser muy claros en afirmar que con este proyecto de ley que hoy se pone a consideración

de los honorables congresistas no estamos denigrando ni desconociendo la legalidad del cobro de los derechos de grado. Es más, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado al respecto afirmando que: *“su delimitación está dentro del ámbito de autonomía de las universidades, resultando fundado que se busque recuperar los gastos en que han incurrido para la entrega del título profesional, por ejemplo los anotados por el Procurador General y por la apoderada del Ministerio de Educación Nacional, como el valor de la impresión del diploma, la ceremonia si la hay y otros costos, que pueden ser indirectos, pero reales”*³.

De la anterior cita, referente de manera exclusiva a las instituciones de educación superior, pero que por criterio de interpretación extensiva puede ser aplicada a los Colegios, se puede inferir con total claridad que el cobro está apegado a la Constitución y a la ley; es un cobro que corresponde a la recuperación de los costos generados por la entrega del diploma, la ceremonia de grado o cualquier otro tipo de evento conmemorativo del grado del estudiante. Por otra parte, tal como se ha afirmado de manera permanente en este texto, las garantías constitucionales que cobijan a las instituciones educativas, sean estas de educación superior (como las definidas en la cita jurisprudencial) o de educación formal, permiten que este tipo de cobros se generen por “razones académicas” y, por ende, siempre y cuando los mismos sean “justificados, razonables y previamente aprobados”, y que no se conviertan en una cortapisa para acceder al título que se pretende conceder, están reconocidos y garantizados por la Carta Constitucional.

Por otra parte, debe entenderse que la estructura del presente proyecto de ley no pretende imponer la cultura del no pago entre los estudiantes de los Colegios y las Universidades, pues claramente se indica que el estudiante deberá asumir los costos administrativos generados por la materialización del documento o documentos a través de los cuales se certifica el título obtenido.

En síntesis honorables Congresistas, con el articulado del proyecto de ley que nos encontramos sustentando, pretendemos aclarar la regulación y procedencia del cobro de los derechos de grado, propugnando por continuar asegurando la protección de los derechos constitucionales endilgados a las instituciones educativas, pero matizando y dando reglas claras a la procedencia de los mismos, para de esta forma poder garantizar los derechos constitucionales que le asisten a los estudiantes, y que como tal también deben ser garantizados por el Estado. De esta forma, se pretende disminuir la tensión constitucional generada entre los derechos de las instituciones educativas y los derechos de los estudiantes, tratando de mantener sin mácula los intereses superiores de unos y otros.

III. Contenido del proyecto de ley

El proyecto de ley cuenta con cuatro (4) artículos, a saber:

Artículo 1°. Contiene el objeto del proyecto de ley.

Artículo 2°. Incluye un artículo nuevo en el Capítulo I del Título XI de la Ley 155 de 1994 denominado “Derechos de Grado”, en el cual se delimita el concepto de los derechos de grado y la forma en que procede su cobro. En el párrafo 1°, se incluye la manifestación según la cual la procedencia del cobro está sujeta a la aprobación del graduando o su acudiente. De igual manera, se prevé en el artículo que si las personas previamente indicadas no se encuentran de

³ Ibidem.

acuerdo con participar en los actos conmemorativos del grado, en todo caso el graduando continúa ostentando su derecho al grado, simplemente pagando los costos administrativos generados con la materialización del documento que certifica el título que concede la institución educativa.

Artículo 3°. A través de este artículo se adiciona un párrafo nuevo al artículo 122 de la Ley 30 de 1992, que indica que el pago de los derechos de grado no tiene carácter obligatorio. Por ende, si el estudiante ha cumplido todos los requisitos académicos para obtener el grado y no quiere participar en los actos conmemorativos, puede optar por ello, y solamente deberá pagar los costos administrativos de materialización del documento de certificación, para poder obtener el mismo.

Artículo 4°. *La vigencia.*

Cordialmente,

Laureano Augusto Acuña Díaz,
Representante a la Cámara,
Departamento del Atlántico.

CÁMARA DE REPRESENTANTES

SECRETARÍA GENERAL

El día 8 del mes de octubre del año 2012, ha sido presentado en este Despacho, el Proyecto de ley número 169, con su correspondiente exposición de motivos, por el honorable Representante *Laureano Acuña Díaz*.

El Secretario General,

Jesús Alfonso Rodríguez Camargo.

CARTA DE COMENTARIOS

CARTA DE COMENTARIOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 116 DE 2012 CÁMARA

por la cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política, para fortalecer la representación en el Congreso de la República de los colombianos residentes en el exterior.

UJ-1966/12

Bogotá, D. C., 8 de octubre de 2012

Honorable Representante

AUGUSTO POSADA SÁNCHEZ

Presidente

Cámara de Representantes

Ciudad

Asunto: Proyecto de ley número 116 de 2012 Cámara, *por la cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política, para fortalecer la representación en el Congreso de la República de los colombianos residentes en el exterior.*

Honorable Representante:

De manera atenta esta cartera se refiere al proyecto de acto legislativo del asunto, el cual pretende modificar la representación que tienen en el Congreso de la República los colombianos residentes en el exterior, amablemente se informa que esta cartera no tiene comentarios puntuales ni objeciones a la iniciativa, siempre y cuando se mantenga el texto sin modificación en su articulado y, sin perjuicio de los comentarios que puedan tener otros Ministerios en lo que respecta a su competencia.

Este Ministerio reitera su voluntad de colaborar con la actividad legislativa, dentro de un marco de armonía y colaboración dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigentes.

Cordialmente,

Mauricio Cárdenas Santa María,
Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Con copia: Honorable Representante Jaime Buenahora Febres – Autor/Ponente
Honorable Representante Camilo Andrés Abril Jaimes – Autor
Honorable Representante Jorge Enrique Roza Rodríguez – Autor

Honorable Representante Efraín Torres Monsalvo – Autor

Honorable Representante Hugo Velásquez Jaramillo – Autor

Honorable Representante Fernando de la Peña – Autor

Honorable Representante Jorge Gómez Villamizar – Autor

Honorable Representante Gustavo Hernán Puentes – Autor

Honorable Representante Libardo Taborda Castro – Autor

Honorable Representante Eduardo Díaz Granados – Autor

Honorable Representante Juan Carlos Martínez Gutiérrez – Autor

Honorable Representante Jaime Armando Yepes Martínez – Autor

Honorable Representante Bérner León Zambrano Erazo – Autor

Honorable Representante Roosvelt Rodríguez Rengifo – Autor

Honorable Representante Hernán Penagos Giraldo – Autor

Doctor Jesús Alfonso Rodríguez Camargo – Secretario de la Cámara de Representantes, para que obre dentro del expediente.

* * *

CARTA DE COMENTARIOS DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL AL DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 183 DE 2012 CÁMARA

por medio de la cual se deroga un artículo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), y se despenaliza una conducta.

Bogotá,

Doctor

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO

Secretario General

Cámara de Representantes

Ciudad

Asunto: Concepto del Proyecto de ley número 183 de 2012 Cámara.

Respetado doctor Rodríguez:

De manera atenta, le envío el concepto emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural sobre el Proyecto de ley número 183 de 2012 Cámara, por

medio de la cual se deroga un artículo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y se despenaliza una conducta. Le solicitamos entregar copia del mismo a los honorables Representantes de la Cámara.

Cordialmente,

Juan Camilo Restrepo Salazar,

Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.

Anexo lo anunciado.

CONCEPTO DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 183 DE 2012 CÁMARA

De manera atenta me permito remitir las consideraciones relacionadas con el Proyecto de ley número 183 de 2012 Cámara, *por medio de la cual se deroga un artículo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y se despenaliza una conducta.*

1. Los cultivos ilícitos en regiones de colonización son parte de una industria global prohibida por acuerdos internacionales vinculantes para Colombia, que ilegalizan economías locales y someten a sus productores a la doble condición de responsables ante la ley penal y súbditos forzosos de organizaciones ilegales, que regulan los mercados de la droga a nivel territorial. El segmento de mercado que ocupa el campesino productor de hoja no supera el 1% de la cadena de valor hasta el consumidor final y su actividad está sometida a la pérdida total por fumigación y erradicación forzosa. En las regiones productoras, alejadas del mercado agrario, la motivación del cultivador no es cometer un crimen, sino sobrevivir en un entorno económico con alto costo de vida y pocas alternativas rentables, en un orden social no regulado por el Estado.

La responsabilidad del Estado, al tiempo que erradica los cultivos ilícitos, es proveer bienes públicos, empezando por seguridad y justicia, para facilitar la generación de ingresos en la economía legal y transformar las condiciones de vida de los campesinos, para que abandonen la economía ilegal.

2. El Proyecto de ley número 183 de 2012 no busca legalizar los cultivos ilícitos y menos el narcotráfico, sino derogar el artículo 375 del Código Penal (Ley 599 de 2000), que ahora tipifica como delito la conducta del cultivador, sujeto a sanción penal de 96 a 216 meses de prisión y multa de 266 a 2.250 salarios legales mínimos vigentes. Con el proyecto, el cultivador ilícito sigue incurriendo en una conducta ilegal, que justifica la acción de erradicación o fumigación por el Estado, sin que ella le acarree responsabilidad patrimonial frente al cultivador, pero su conducta no le genera al cultivador responsabilidad penal ante la justicia.

3. Desde el punto de vista agrario, los campesinos cultivadores han sido forzados a ocupar áreas selváticas marginales por la concentración de la propiedad de la tierra dentro del mercado agrario y la distribución insuficiente de tierras a la población campesina por el Estado. En regiones de colonización no existen las condiciones de mercado y los bienes públicos indispensables para hacer rentable la producción agropecuaria lícita y por esa razón han fracasado algunas políticas de desarrollo alternativo.

4. La solución de fondo a este problema es un ordenamiento justo de la propiedad de la tierra, que permita devolver las colonizaciones coqueras dentro de la frontera agraria y preservar los bosques por sus servicios ambientales, asignando a los cultivadores tierras fértiles con infraestructura, presencia de servicios estatales y acceso al mercado de productos lícitos de manera rentable.

Eliminar la denominación legal de criminales a los campesinos cultivadores de ilícitos puede ser el comienzo de un proceso de inclusión progresivo de estos ciudadanos a la legalidad, comenzando por el acceso a los bienes fundamentales de la tierra, la vivienda, la educación y la salud, la participación y concertación del desarrollo y el bienestar social. Este paso obliga a generar políticas agrarias de acceso a tierras, protección y restauración ambiental, desarrollo rural con enfoque territorial en áreas periféricas, gestión del territorio e integración de la producción rural a los mercados.

Una política agraria con gran potencial para prevenir los cultivos ilícitos es la adjudicación y formalización de derechos de propiedad sobre la tierra, pues el simple ocupante de baldíos no teme el proceso de extinción del dominio si cultiva ilícitos en su predio, como sí lo hace el propietario titular.

5. La penalización del cultivador de productos ilícitos ha sido una política ineficaz para prevenir la dinámica de los mercados ilegales y en cambio ha contribuido para ilegalizar al campesinado en áreas periféricas, con lo que ofrece la posibilidad a las organizaciones armadas para hacer arreglos de protección y extorsión a las comunidades, que funcionan como legalidad alternativa para regular el mercado ilícito que el Estado, por definición, solo puede combatir.

El objetivo de las políticas públicas debe ser la eliminación de los cultivos ilícitos, que inician la industria del narcotráfico, y que originan economías ilegales de enclave, controladas por el crimen organizado, que deforestan las selvas y montañas con grave daño ambiental y social para las minorías étnicas y los propios cultivadores campesinos.

Lo que se discute es la combinación de incentivos y sanciones que mejor conduzcan al objetivo que se busca y que eviten los efectos colaterales nocivos de la penalización de los cultivadores campesinos.

6. Finalmente, es necesario consultar las restricciones de política penal establecidas en los tratados internacionales, suscritos por Colombia, para determinar si el país puede modificarlas sin violar los tratados o si debe intentar la modificación de los tratados, como buscó hacerlo Bolivia sin éxito en las Naciones Unidas.

* * *

CARTA DE COMENTARIOS DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 040 DE 2012 CÁMARA

por el cual se adiciona un inciso al artículo 11 de la Constitución Política que eleva a derecho fundamental a la salud de todos los colombianos.

110000 00214674

Bogotá, D. C., 26 de septiembre de 2012

Doctor

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO

Secretario General

Cámara de Representantes

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de Acto Legislativo número 040 de 2012 Cámara, *por el cual se adiciona un inciso al artículo 11 de la Constitución Política que eleva a derecho fundamental a la salud de todos los colombianos.*

Señor Secretario:

Teniendo en cuenta que la iniciativa parlamentaria de la referencia está pendiente de recibir segundo de-

bate, se considera oportuno dar a conocer el concepto institucional desde la óptica del Sector de la Salud y Protección Social, tomando como base el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 529 de 2012, que resultó aprobado en primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, el pasado 11 de septiembre.

1. Contenido de la iniciativa

Por medio de la iniciativa de la referencia se pretende modificar el artículo 11 de la Constitución, adicionándole dos incisos. A través de ellos se estaría introduciendo un nuevo marco para el funcionamiento del Sistema de Salud en Colombia. El texto normativo del proyecto es el siguiente:

Artículo 1°. El artículo 11 de la Constitución Política de 1991 quedará así:

Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

El servicio de salud es responsabilidad indelegable del Estado, no sometido a reglas de rentabilidad. Conforme a su capacidad económica, las personas contribuirán al sostenimiento del servicio en las condiciones que determine la ley. Podrán contratarse servicios hospitalarios o ambulatorios con empresas particulares. Estos serán definidos y regulados por la misma ley.

No habrá intermediación financiera en la administración de los recursos de la salud por particulares. (El texto en negrilla corresponde al que se adiciona).

Artículo 2°. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

El mismo proyecto se había presentado en la legislatura anterior, radicado bajo el número 200 de 2012 Cámara, al cual se realizaron comentarios. Otro similar fue presentado en legislatura antepasada (Proyecto de Acto Legislativo número 48 de 2010 Cámara), por el cual se adiciona un artículo nuevo a la Constitución Política para garantizar el Derecho Fundamental a la Salud, y sobre el mismo también se efectuaron los comentarios respectivos. El texto era el siguiente:

Artículo 1°. El artículo 11A de la Constitución Política de 1991 quedará así:

Artículo 11A. La prestación de los servicios de salud es responsabilidad indelegable del Estado y los mismos no se subordinarán a criterios de rentabilidad, no obstante, las personas podrán contratar de manera directa y autónoma la prestación de los servicios en salud con empresas particulares en los términos que señale la ley, igualmente esta determinará la forma como las personas contribuirán al sostenimiento del sistema de salud.

Artículo 2°. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

Adicionalmente, debe recordarse que en la legislatura antepasada se presentó el Proyecto de Acto Legislativo número 018 de 2010 Senado, por medio del cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política, con el siguiente texto:

Artículo 49. La salud es un derecho humano fundamental, autónomo, basado en la protección de la dignidad de las personas, cuya garantía integral está a cargo del Estado, conforme a los principios de universalidad, equidad, solidaridad, concertación, participación social, calidad y calidez.

El Estado a través de una política pública, garantizará a todas las personas el acceso a los servicios

de promoción de la salud, prevención, atención de la enfermedad y rehabilitación de las discapacidades.

Se entiende por salud el mejor desarrollo de las potencialidades y capacidades humanas, así como el acceso a los servicios y riquezas que la sociedad ha acumulado para hacer posible el bienestar, el buen vivir y la calidad de vida de los seres humanos. Su materialización se realizará en una visión amplia de la salud pública que incorpore un sistema de atención integral y una articulación de las políticas públicas que permita afectar los determinantes sociales de la salud, con perspectiva poblacional y territorial, empleando como estrategias la atención primaria en salud, el respeto de la relación entre los profesionales de la salud con el paciente, así como en el uso transparente, planificado y pertinente de los recursos financieros, físicos, tecnológicos y del talento humano. El cumplimiento que el Estado dé a este derecho se evaluará por el impacto positivo que logre en la calidad de vida de la población.

El acceso a los servicios de salud se garantizará según las necesidades de las personas, sin obstáculos económicos, ni relación de dependencia entre la capacidad de pago o el aporte económico y los beneficios obtenidos.

La red pública hospitalaria gozará de especial protección y será la base sobre la cual se implementará el sistema de salud; para lo que deberá fortalecerse en los aspectos tecnológicos, de planta física y talento humano.

Las relaciones laborales de los trabajadores del sector salud, deben buscar la dignificación de las personas como actores del sistema, especialmente el respeto de los derechos a la estabilidad laboral y a la asociación. Se prohíbe toda forma de intermediación laboral en el sector salud.

Los recursos de la salud son públicos y administrados por el Estado. Queda expresamente prohibida la intermediación financiera de entidades privadas. Todas las instituciones que participen en la provisión de estos derechos serán entidades sin ánimo de lucro.

2. Comentarios a la iniciativa

Teniendo en cuenta que la propuesta normativa se orienta a introducir un nuevo marco para el funcionamiento del Sistema de Salud, asunto que tiene clara relación con las funciones asignadas a este Ministerio, se formularán comentarios sobre la integralidad del proyecto, que abarcan aspectos tanto de constitucionalidad como de conveniencia, así: i) la necesidad de la norma proyectada; ii) el acatamiento del principio de correspondencia en la titulación del acto legislativo; iii) la caracterización de la salud como derecho fundamental y el principio de equilibrio fiscal; iv) la necesidad de preservar la coherencia del ordenamiento constitucional, y v) la necesidad de considerar las implicaciones económicas para el Estado.

2.1 Necesidad de la norma

En la iniciativa se pretende incorporar en el derecho a la vida la caracterización del servicio de salud. Además de crear una evidente confusión con lo previsto en el artículo 49 de la Constitución, norma que seguiría vigente, pues no se alude a ella en el proyecto, existe un desconocimiento en torno al carácter fundamental del derecho a la salud reconocida en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia constitucional. El cambio de paradigma ha llevado a plantear que la ubicación en la Constitución no significa que unos derechos tengan primacía sobre otros,

máxime si los títulos de los capítulos no fueron aprobados por la Asamblea Nacional Constituyente. Adicionalmente, si bien existe un nexo entre la salud y la vida, ello no significa que deban ser tratados en un mismo artículo y prueba de ello es la regulación existente en diversas materias.

Precisamente y en consideración a la naturaleza del derecho a la salud, es indudable que existe una preocupación sentida y garantista en torno a su bienestar. La accesibilidad real y material en el servicio de salud es uno de los horizontes actuales del sistema y constituye una obligación del Estado, cualquiera sea el modelo que adopte.

Por ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha enfatizado en la accesibilidad como un elemento esencial al derecho fundamental a la salud, en los siguientes términos:

b) *Accesibilidad*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

No discriminación. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

Accesibilidad física. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/Sida. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

Accesibilidad económica (asequibilidad). Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

Acceso a la información. Ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad¹. (Se resalta).

Con base en lo anterior, pareciera inoficioso detenerse aún más en el carácter fundamental del derecho a la salud, pero la insistencia está en directa proporción con ciertas tesis que consideran tal declaración

como un capricho o, cuando menos, una exageración de la Corte Constitucional Colombiana. No obstante, la tesis de la salud como derecho fundamental así como la consolidación de los derechos fundamentales como derechos esenciales para el individuo tiene un soporte ecuménico².

El derecho a la salud ostenta el carácter de fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, calidad que le fue reconocida por la Corte Constitucional y que permite que en nuestro contexto sea posible exigir su garantía judicial, esto es, su justiciabilidad. El proceso que llevó a esta Corporación a asumir tal calificación no fue lineal, ni expedito. Si bien en un principio la Corte reconoció que la ubicación de un derecho en el texto constitucional no era el criterio exclusivo para la determinación de su fundamentalidad, sino que existían otros, el desarrollo de los mismos se vio truncado por la ulterior tendencia a buscar justificaciones adicionales a su justiciabilidad, entre las que se encontraban los derechos de la población en situación de vulnerabilidad (adultos mayores, niños, mujeres en estado de embarazo, discapacitados, desplazados), o por conexidad con derechos fundamentales³ o, en un salto ulterior, cuando su contenido se corresponde con aquel reconocido en los planes de beneficios. La ruptura de esta tendencia que marcó un cambio de paradigma se produjo con la expedición de la Sentencia T-016 del año 2007⁴, y se ha consolidado a través de múltiples decisiones judiciales posteriores. Este debate se ha agudizado actualmente, no sólo por la Sentencia T-760 de 2008 sino por pronunciamientos como el que declaró el agua potable como derecho fundamental⁵, en otra evolución del constitucionalismo social y ecológico. Hoy resulta innegable que crece un consenso en torno a una nueva percepción del carácter fundamental de un derecho, que involucra aceptar que los derechos sociales pueden tener esa raigambre. La actual tendencia mundial a considerar como fundamentales los derechos sociales y, entre ellos el agua y la alimentación, refleja el propósito de los Estados sociales constitucionales por preocuparse por el bienestar de la población y sus condiciones de existencia. Obviamente, la salud tiene un lugar preponderante por lo que la consideración del mismo como un derecho fundamental es una tesis que se considera decantada y que goza de una fuerza normativa insoslayable.

Teniendo en cuenta lo anterior, bajo el contexto constitucional y legal vigentes, así como el avance en el proceso de cumplimiento de la Sentencia T-760 de

² Al respecto, *Cfr.* TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Robert Alexy, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Luigi Ferrajoli, Ed. Trotta, Madrid 2001; DERECHO Y RAZÓN, Luigi Ferrajoli, Ed. Trotta Madrid, 1995; DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES, Gregorio Peces Barba, centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993; LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Antonio Pérez Luño, Ed. Tecnos, Madrid 1998, LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS, Gerardo Pisarello, Ed. Trotta, Madrid 2007; EL UMBRAL DE LA CIUDADANÍA, Víctor Abramovich y Cristian Courtis, Estudios del Puerto, Buenos Aires 2006; ¿QUÉ SON Y CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?, Tulio Chichilla, ed. Temis, Bogotá, 2009.

³ Una revisión de este proceso, en materia de salud, puede verse en la Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 22 de enero de 2007.

⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-143 de 26 de febrero de 2010, entre otros.

¹ Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14 de 2000. El derecho al disfrute del más alto nivel posible en salud.

2008⁶, es posible colegir que existe una protección condigna a la salud para la población y, por lo tanto, no sería necesario incluir en el ordenamiento fundamental, disposiciones en torno a la garantía de la misma.

Si bien en algunos escenarios se ha considerado del caso incluir una norma constitucional específica, es evidente que la construcción del derecho debe deslindar claramente sus elementos definitorios, de los aspectos relacionados con su eficacia. La función del legislador y, en este caso del Congreso de la República en su función constituyente, no puede ser la de reiterar lo contemplado en normas preexistentes sino la de establecer cuál puede ser la fisura normativa en el sistema, uno de cuyos dramas es que, como lo indicó el profesor austriaco Hans Kelsen, es una “ciencia” del deber ser y no del ser⁷. Las normas no deben ser repetidas sino cumplidas, la redundancia produce un efecto nocivo en el ordenamiento, no necesariamente fortalece la regulación de una materia sino que, más bien, refleja el que se puede denominar como “hiato de ejecutabilidad”, vale decir, la distancia que existe entre la proposición normativa, su aplicación y su ejecución⁸. Se trata, sin duda, de una tendencia del derecho a percibir en las normas una solución absoluta pero en la que persiste, sencillamente, una pretensión simbólica⁹. Esta actitud, en vez de fortalecer el ordenamiento tiende a debilitarlo y a generar la proliferación de reformas constitucionales con la pretensión de cumplimiento de derechos, en una secuencia interminable. En breve, si ya un derecho tiene el carácter de fundamental ¿cuál sería el sentido de repetirlo en otra disposición?

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008.

⁷ TEORÍA PURA DEL DERECHO, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1039>.

⁸ Este tema está expresado como un drama del derecho actual, que pareciera exigir de otra norma que apaleneque la anterior, aún de la misma jerarquía. Cfr. EL DESAFÍO CÍNICO seguido de EL DERECHO CIVILIZADOR, Óscar Reyes M., ediciones Desde Abajo, Bogotá, D. C., marzo de 2003, página 216.

⁹ Al respecto se ha indicado, a nivel general: en síntesis, la práctica del reformismo jurídico en América Latina obedece por lo menos en parte, al hecho ya mencionado de que el sistema jurídico se sobrecarga con tareas que podrían ser resueltas a través del sistema político. Este hecho hace que algunas reformas estén orientadas ante todo a legitimar la acción del Estado en áreas sociales en las cuales la intervención del Estado es solicitada con apremio, de tal manera que el objetivo instrumental queda relegado en beneficio de los objetivos simbólicos o de comunicación. Dos advertencias adicionales; en primer lugar, no todas las reformas obedecen a estas necesidades, ni siempre que ello sucede la reforma esta condenada a la ineficacia instrumental, ni mucho menos siempre que una reforma fracasa ello se debe a que fue expedida con propósitos ante todo de legitimación y no de eficacia instrumental. En segundo lugar, la eficacia simbólica del derecho no excluye la producción jurídica de efectos materiales; simplemente excluye la ausencia de aquellos efectos materiales que están implícitos en las normas penales y que son la razón de ser de la norma. La dimensión simbólica radica en el hecho de que la reforma es producida, primeramente, con el objeto de establecer una comunicación legitimadora entre instituciones y ciudadanos, más que para satisfacer sus objetivos instrumentales establecidos. No se excluye pues el hecho de que otros objetivos no declarados algunos de ellos quizás ilegales- puedan ser alcanzados”. (García Villegas, Mauricio, *Notas Preliminares para la caracterización del derecho en América Latina*, en http://www.oas.org/juridico/spanish/mauricio_garc%C3%ADa_villegas.htm)

La disposición propuesta genera además problemas de interpretación y se contrapone a otras normas de carácter constitucional que, conforme al proyecto, no se verían afectadas. Esto no significa que a nivel legislativo no deban realizarse algunos ajustes e incluso que se regule el derecho a través de una norma estatutaria en los términos del artículo 152 constitucional.

2.2 El acatamiento del principio de correspondencia en la titulación del acto legislativo

Adicional a la falta de necesidad de la norma, el epígrafe del proyecto sugiere que se adiciona un inciso al artículo 11 de la Constitución para elevar la salud al rango de derecho fundamental. Sin embargo, el contenido normativo de los dos incisos que introduce a dicho artículo no sólo no consigna la mención de que la salud es un derecho fundamental, como cabría esperarse, sino que se ocupa de introducir elementos estructurales extraños al actual Sistema de Salud, lo cual se traduce en una reforma estructural del mismo. Se considera que esta situación podría configurar la violación de una regla de procedimiento aplicable a los actos legislativos, con lo cual comprometería su constitucionalidad. Se trata del principio de correspondencia en la titulación del acto legislativo.

El principio de correspondencia en la titulación de las leyes tiene consagración constitucional y legal, además de un amplio desarrollo jurisprudencial. Tal principio, que se erige en parámetro de constitucionalidad, fue consagrado inicialmente para el proceso de formación de las leyes, pero la jurisprudencia constitucional lo extendió también a la formación de los actos legislativos. El objeto de dicho principio fue expuesto en Sentencia C-821 de 2006 de la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

...el principio de correspondencia entre el título de la ley y su contenido, busca precisamente garantizar que el legislador, en su función de nominación o titulación de las leyes, no incurra en contradicciones o imprecisiones, sino que, en atención a tal principio, los títulos de las leyes hagan alusión de manera genérica al tema global que tal cuerpo normativo regulará... en el caso del principio de consonancia entre el título de la ley y su contenido (C. P., artículo 169), se trata de analizar la coherencia entre el tema global objeto de regulación y el título escogido para ella por el legislador; a fin de garantizar que haya “unidad” o “correspondencia” pero ya no entre las disposiciones que hacen parte de un mismo cuerpo normativo, sino entre este tomado en conjunto y su título.

La misma Corporación ha establecido algunas de las situaciones de hecho que conllevarían la vulneración de dicho principio. A este respecto, en la misma Sentencia C-821, se consideró que:

Es importante señalar que el legislador cuenta con un amplio margen en el ejercicio de su potestad legislativa al momento de ejercer su función de titulación de las leyes, sin encontrar mayores restricciones que las siguientes: (i) es necesario que entre el título y la ley exista relación de correspondencia, y que el primero haga una alusión clara y precisa a la materia que dicha normatividad regula; y, de otra parte, (ii) que el título elegido para una determinada ley no contenga alusiones discriminatorias que contraríen la proscripción contenida expresamente en el artículo 13 del Texto Superior.

Ahora bien, los criterios anteriormente desarrollados alrededor del principio de correspondencia en la titulación de las leyes, que han sido desarrollados en relación con el análisis de constitucionalidad de las

leyes, tienen también aplicación en materia de reformas constitucionales, sin embargo, su aplicación no es automática. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

... en relación con la verificación de este requisito [principio de correspondencia en la titulación de la ley] cuando se trata del control de los actos legislativos, esta Corporación considera que se debe aplicar de manera análoga los criterios sentados en la jurisprudencia relacionada con la unidad de materia, es decir, que no es razonable aplicar de manera automática la regla preestablecida en el artículo 169 constitucional, de manera tal que su incumplimiento por parte del constituyente acarrea la inconstitucionalidad del texto normativo examinado¹⁰.

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional remite a su propia jurisprudencia desarrollada alrededor del principio de unidad de materia en los actos legislativos, para precisar las condiciones de aplicación del principio de correspondencia en la titulación del acto legislativo, se transcriben a continuación tales parámetros:

... en materia de reformas constitucionales se aplica el principio de unidad de materia el cual no reviste las mismas características cuando se trata de leyes, precisamente por la pluralidad de contenidos normativos de la Constitución la cual necesariamente tiene incidencia en la unidad temática de sus reformas. De lo anterior se concluye que un acto legislativo puede tratar diversas materias sin infringir el principio de unidad de materia, pues mediante el se pueden reformar diversos títulos, capítulos o artículos de la Constitución que no guarden conexidad temática, la cual en definitiva vendría dada precisamente por su propósito de modificar la Carta Política¹¹.

De lo anterior puede concluirse válidamente que la regla de interpretación que resultaría válida como parámetro para el análisis de la procedencia del análisis de constitucionalidad de un acto legislativo, en razón del principio de correspondencia del título del acto con su contenido, es la siguiente: un proyecto de acto legislativo, en virtud de la diversidad de títulos, capítulos o artículos que puede reformar sin que ellos mismos guarden conexidad temática, en razón de dicha diversidad de contenido puede tener un título que no se corresponda exactamente con todos ellos, sin infringir el principio constitucional de correspondencia del título del acto con su contenido.

Aplicada esta interpretación al proyecto de acto legislativo objeto de análisis, el cual pretende reformar tan sólo **un artículo** de la Constitución, el número 11, resulta evidente que la exigencia de correspondencia entre el título del acto legislativo y su contenido debe ser plena. Lo contrario significaría desconocer de manera ostensible este principio constitucional.

Como elemento inicial de la demostración de la vulneración del principio de correspondencia del título, por parte del acto legislativo objeto de análisis, se transcribirán tanto el epígrafe de la iniciativa, como su contenido:

Epígrafe

“Por el cual se adiciona un inciso al artículo 11 de la Constitución Política que eleva a derecho fundamental a la salud de todos los colombianos”.

Contenido

Artículo 1°. El artículo 11 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

El servicio de salud es responsabilidad indelegable del Estado, no sometido a reglas de rentabilidad. Conforme a su capacidad económica, las personas contribuirán al sostenimiento del servicio en las condiciones que determine la ley. Podrán contratarse servicios hospitalarios o ambulatorios con empresas particulares. Estos serán definidos y regulados por la misma ley.

No habrá intermediación financiera en la administración de los recursos de la salud por particulares. (Las subrayas corresponden al texto actual del artículo).

La falta de correspondencia entre el epígrafe y el contenido del proyecto de acto legislativo se establece fundamentalmente porque las obligaciones jurídicas que introduce son conducentes y tienen plena aptitud para reformar aspectos estructurales del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no para elevar a la salud al rango de derecho fundamental. Además, no sobra advertir que el proyecto no adiciona uno sino dos incisos al artículo 11.

En este sentido, al proyecto de acto legislativo le debería corresponder un epígrafe que informe de manera transparente y correcta acerca de su verdadero alcance, no sólo a quienes participan del debate legislativo, sino también a los actores del Sistema de Salud y sobre todo a la ciudadanía, so pena de comprometer su validez en un juicio de constitucionalidad.

2.3 Caracterización de la salud como derecho fundamental y la sostenibilidad fiscal

Si bien no se encuentra expresamente declarado en el articulado, sí se indica en el epígrafe que se regula el derecho fundamental a la salud. Este aspecto no requerirla mayor énfasis pues lo afirmado hasta el momento permite colegir que la afirmación sobre la fundamentalidad del derecho a la salud no solo es válida sino que, hasta el momento, es indiscutible. No obstante, el debate puede reabrirse a la luz del principio de sostenibilidad fiscal contenido en el Acto Legislativo número 03 de 2011 pues, por una parte, dicha norma declara que:

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 objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

Para luego precisar lo siguiente:

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Esto plantea un nuevo escenario que puede resultar bastante conflictivo entre normas de constitucionalidad. En especial porque, en su carácter de derecho prestacional con daría lugar a un incidente de impacto fiscal:

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-1057 de 2005.

¹¹ Ídem.

El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Lo anterior sugiere que aun reconociéndose la fundamentalidad de un derecho, la implementación de las sentencias judiciales que lo garanticen podría verse modulada en razón del mandato constitucional de sostenibilidad fiscal, con el único límite de la intangibilidad del núcleo esencial del derecho fundamental.

2.4 La necesidad de preservar la coherencia del ordenamiento constitucional

El contenido normativo del proyecto plantea una contradicción clara con los mandatos de otras normas constitucionales, con el agravante de que no alude a ellas, con lo cual debe entenderse que tales normas mantendrían su vigencia.

Esta situación es patente en relación con el siguiente apartado del texto normativo del proyecto: “el servicio de salud es responsabilidad indelegable del Estado”. El artículo 49 de la Constitución dispone que: “corresponde al Estado... establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas”. En sentido similar, el artículo 365 establece que “los servicios públicos... podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”.

De resultar aprobado el proyecto se tendrían entonces dos normas jurídicas de idéntica jerarquía, con mandatos absolutamente contradictorios.

Pero además, el propósito del proyecto de introducir en el artículo 11 de la Constitución, el marco para el funcionamiento del Sistema de Salud, afectaría la unidad de dicha norma, desconociendo principios de técnica normativa, que indican que cada artículo debe regular un tema. El artículo 11, que abre el capítulo de los derechos fundamentales, regula de manera sobria pero suficiente el derecho a la vida. Sin desconocer la relación intrínseca del derecho a la vida con el derecho a la salud, que también está presente en relación con los demás derechos, como es el caso de la alimentación o del agua, no en vano se predica la inescindibilidad de los Derechos Humanos, se considera más apropiado que una propuesta regulatoria de las características de la que se está analizando, se integre en el artículo 48 o 49 de la Constitución.

2.5 La necesidad de considerarlas implicaciones económicas para el Estado que podrían derivarse del proyecto

El proyecto pretende modificar el artículo 11 de la Constitución y, por esta vía, introducir cambios estructurales en el Sistema de Salud que consistirían en reservar para el Estado, con carácter de indelegable, la responsabilidad del servicio de salud, excluyendo además la posibilidad de que opere bajo reglas de rentabilidad. El proyecto excluye también la eventualidad de que exista intermediación financiera en la administración de los recursos de la salud por particulares, advirtiendo, sin embargo, que podrán contratarse servicios hospitalarios o ambulatorios con empresas particulares.

Haciendo un ejercicio de prospección, se tendría que de ser aprobado el proyecto y de entrar en vigencia: i) desaparecerían la Entidades Promotoras de Salud de naturaleza privada, puesto que en el sistema vigente son las responsables de la función de aseguramiento¹², uno de cuyos aspectos centrales es la administración del riesgo financiero, aspecto prohibido explícitamente en el proyecto, y ii) las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, tanto públicas como privadas continuarían existiendo, pudiendo ser contratadas por el Estado para la prestación de servicios hospitalarios o ambulatorios.

Esta decisión podría tener implicaciones económicas considerables para las finanzas del Estado, que podrían comprometer la viabilidad del propio Sistema de Salud, en cuanto a la previsible explosión del gasto en salud a cargo del Estado.

Al establecer que el Servicio de Salud es responsabilidad indelegable del Estado y que no habrá intermediación financiera en la administración de recursos de la salud por particulares, el proyecto está eliminando del actual modelo de salud a las Entidades Promotoras de Salud, así como su función central, cual es el aseguramiento del riesgo financiero. Esta función se traduce en que cada EPS asume el riesgo que se deriva de cubrir todas las necesidades en salud de todos sus afiliados, a cambio de una prima (UPC) preestablecida, que fija una entidad de regulación y que les paga el Fosyga. De esta manera, la función de aseguramiento genera un incentivo para que las prestaciones en salud que e brindan a los afiliados no vayan más allá de lo estrictamente necesario. Suprimiendo esta función, así como los agentes que actualmente la ejercen, el proyecto traslada toda la responsabilidad del Servicio de Salud al Estado, con lo cual este tendría que asumir su garantía. En este contexto, no resulta claro de qué forma el Estado podrá financiar, de manera sostenible, el funcionamiento de un Servicio de Salud en el que no habrá incentivos para que la prestación de los servicios en salud a los afiliados se limite a lo estrictamente necesario.

3. Conclusión

El proyecto de acto legislativo informa en su epígrafe que adicione un inciso al artículo 11 de la Constitución, para elevar a derecho fundamental a la salud de todos los colombianos. Al avanzaren la revisión de su contenido se observa que los dos incisos se limitan a establecer una regulación estructural del servicio de salud, completamente distinta a la que se encuentra vigente.

Al revisar la normatividad constitucional vigente se observa que la propuesta de acto legislativo no es necesaria, pues la protección de la salud está suficientemente decantada en este orden normativo, donde figura como derecho fundamental tanto por consagración jurisprudencial, como por los Tratados de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad (artículo 93 Constitución Política). Se observa en cambio que el proyecto refuerza el enfoque de la eficacia simbólica del derecho, conforme al cual la proliferación normativa sobre un mismo aspecto tendría repercusiones sobre la realidad de dicho fenómeno. El proyecto crea además un falso dilema cuando ubica la salud en el capítulo de derechos fundamentales, pues es bien conocido que la Asamblea Nacional Constituyente no votó los títulos de los capítulos y apartados sino que fue una decisión secretarial. Adicionalmente, si bien existe un nexo entre la salud y la vida, ello no significa que deban ser tratados en un mismo artículo

¹² Ley 1122 de 2007. Artículo 14.

y prueba de ello es la regulación existente en diversas materias. De hecho, en la sola lectura del proyecto se observa una ruptura temática.

De esta manera y además de su carencia de necesidad, el proyecto presenta reparos tanto de constitucionalidad como de conveniencia. Respecto a lo primero, se advierte que no respeta el principio de correspondencia entre el título y el contenido. En cuanto a su inconveniencia, se advierte en primer lugar que de ser aprobado generaría una contradicción directa con otras normas de rango constitucional que mantendrían su vigencia; en segundo lugar, tendría implicaciones económicas considerables sobre las finanzas públicas, sin manifestarse al respecto y sin asumir precauciones sobre el particular.

Con la presente, se deja plasmada la posición de este Ministerio en lo relativo al proyecto de ley de la referencia, advirtiendo reparos de conveniencia.

Cordialmente,

Alejandro Gaviria Uribe,

Ministro de Salud y Protección Social.

c.c. Honorable Representante Pablo Enrique Salamanca Cortés.

* * *

CARTA DE COMENTARIOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 201 DE 2012 CÁMARA

por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y formación para el ejercicio de los Derechos Humanos, sexuales y reproductivos, y la prevención y mitigación de la violencia escolar.

1.1

UJ-1909/12

Bogotá, D. C., 1° de octubre de 2012

Honorable Representante

AUGUSTO POSADA SÁNCHEZ

Presidente

Cámara de Representantes

Ciudad

Asunto: Proyecto de ley número 201 de 2012 Cámara, *por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y formación para el ejercicio de los Derechos Humanos, sexuales y reproductivos, y la prevención y mitigación de la violencia escolar.*

Honorable Presidente:

De manera atenta me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Proyecto de ley número 201 de 2012 Cámara, *por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y formación para el ejercicio de los Derechos Humanos, sexuales y reproductivos, y la prevención y mitigación de la violencia escolar.*

El presente proyecto de ley referenciado en el asunto de autoría de la señora Ministra de Educación Nacional en conjunto con parlamentarios de la honorable Cámara de Representantes, tiene por objeto establecer el marco institucional para que el sistema educativo promueva y fortalezca la formación ciudadana y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes, mediante la creación de un Sistema Nacional encargado de la formación de ciudadanos activos, en concordancia con el mandato constitucional y la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994).

En este sentido, la iniciativa parte de un conjunto de definiciones acerca de las competencia ciudadanas y la convivencia escolar, para luego determinar los objetivos, principios, funciones e instancias del Sistema Nacional de Convivencia Escolar, el cual estará orientado primordialmente a la promoción, orientación y coordinación de estrategias y programas, en el marco de la corresponsabilidad de los individuos, las instituciones educativas, la familia, la sociedad y el Estado.

Específicamente el artículo 15 ordena al Ministerio de Educación Nacional (en adelante MEN) producir y distribuir materiales educativos para identificar y utilizar pedagógicamente las situaciones de acoso y violencia escolar. Así mismo, en el artículo 27 del presente proyecto se crea un Sistema de Información Unificado de Convivencia Escolar y, finalmente en el artículo 32 se establece que el Ministerio de Salud (en adelante MS), conjuntamente con el MEN, determinará anualmente la parida de recursos de prevención del Sistema General de Seguridad Social en Salud que se destinará para financiar que los establecimientos educativos de carácter oficial cuenten con orientación o atención psicológica para sus estudiantes.

Adicionalmente, el proyecto señala cuáles son las responsabilidades de cada una de las entidades y establecimientos que participan en el Sistema así como el financiamiento de algunas actividades, señalando en numeral 4 del artículo 23 en concordancia con lo señalado en los artículos 31 y 32, que: (i) las Entidades Promotoras de Salud - EPS, las Administradoras del Régimen Subsidiado - ARS, y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS, sin perjuicio de las actividades de promoción y prevención que por ley les corresponde adelantar, bajo la coordinación del MS y del MEN, deberán diseñar e implementar de manera permanente estrategias verificables para el desarrollo de los servicios de atención integral a los niños, niñas y adolescentes desde el primer control médico periódico y a lo largo de todo el ciclo educativo, de conformidad con los parámetros establecidos en el proyecto de ley; (ii) el Gobierno Nacional definirá los lineamientos normativos, operativos y financieros para que los establecimientos educativos de carácter oficial cuenten con orientación o atención psicológica para sus estudiantes a través de personal encargado de la orientación psicosocial especializada, y que: (iii) el MS conjuntamente con el MEN definirán anualmente la partida de recursos de prevención del Sistema General de Seguridad Social en Salud que se destinarán a financiar dichos profesionales.

Frente a esto, es menester recordar que el MEN ha definido y tiene vigente el Plan Nacional Decenal de Educación (en adelante PNDE) 2006-2016, el cual es un conjunto de propuestas, acciones y metas que expresan la voluntad educativa del país, y que tiene como objeto identificar y tomar las decisiones pertinentes para avanzar en las transformaciones que la educación necesita. Lo anterior es resultado de la aplicación del artículo 72 de la Ley 115 de 1994, o Ley General de Educación, la cual establece que: "(...) el Ministerio de Educación Nacional, preparará en coordinación con las entidades territoriales, por lo menos cada diez años, el Plan Decenal de Desarrollo Educativo, que incluirá las acciones correspondientes para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y legales sobre la prestación del servicio educativo. El Plan tendrá carácter indicativo, será evaluado, revisado permanentemente y considerado en los planes nacionales y territoriales de desarrollo".

Este documento, aunque es un referente obligatorio, su carácter es indicativo o de pacto social, por lo cual el PNDE 2006-2016 establece el conjunto de procesos y propuestas que le permiten a cada gobernante determinar acciones concretas, orientadas a lograr el equilibrio y coherencia deseados para la educación, en respuesta al proyecto social educativo establecido, avalado y vigilado por la sociedad.

En lo referente a la violencia y el acoso escolar, el PNDE 2006-2016 tiene como uno de sus 10 retos primordiales la “Educación en y para la paz, la convivencia y la ciudadanía”, la cual es afrontada a través de 5 objetivos principales, a saber:

1. Inclusión, diversidad, diferencia, identidad y equidad.
2. Otros agentes educativos y relacionados con el entorno.
3. Educación en valores, participación y convivencia democrática.
4. Estructura y organización escolar, y
5. Derechos, protección, promoción y población vulnerable con necesidades especiales.

Estos objetivos son desarrollados a través del diseño y aplicación de políticas públicas articuladas intra e intersectoriales basadas en un enfoque de derechos y deberes, principios de equidad, inclusión, diversidad social, económica, cultural, étnica, política, religiosa, sexual y de género, que buscan hacer una valoración y un tratamiento integral de los conflictos, al igual que a través de la promoción en y para la paz a partir de la corresponsabilidad del Estado, las familias, la sociedad civil, los medios de comunicación, el sector productivo, las ONG y las comunidades educativas, adoptando programas flexibles diferenciando los derechos dirigidos a los grupos poblacionales en situación de desplazamiento, de vulnerabilidad y con necesidades educativas especiales.

Acorde con esto, algunas de las macro metas del PNDE 2006-2010 sobre violencia escolar son:

- Para el año 2016, el 100% de la población colombiana deberá contar con una educación humanizada, incluyente, y respetuosa de los Derechos Humanos.
- El 100% de las instituciones de educación del país en el 2016 se espera que cuenten con servicios de asesoría, promoción, atención psicológica y de orientación, en la relación de un profesional por cada 500 estudiantes.
- Se espera que los contenidos curriculares de todos los niveles educativos aborden los Derechos Humanos y el respeto por todas las diferencias que han sido objeto de exclusión.
- Se espera la emisión de programas en los medios de comunicación nacional, regional y local, con contenidos que promuevan la paz, la convivencia y la cultura de la legalidad y la no violencia.
- Las instituciones de educación contarán en el año 2012 con proyectos, acciones y escenarios de manejo y solución pacífica de conflictos, y realizarán intercambios de experiencias significativas donde se fortalezca la construcción de comunidades de paz y no violencia, involucrando diferentes actores de la comunidad.
- Para el año 2012, las instituciones de educación habrán reconstruido sus PEI, basados en principios ciudadanos y democráticos que respetan las diferencias, dan prioridad al manejo y resolución pacífica de los conflictos, y promueven la dignidad humana.

- En el 2016, todas las instituciones de educación contarán con personal capacitado y programas de formación continuada en ámbitos relacionados con la paz, la convivencia, la no violencia y la ciudadanía para directivos, docentes, estudiantes, padres y madres de familia.

- Todas las instituciones educativas contarán con herramientas conceptuales, pedagógicas, económicas y organizativas para asegurar el desarrollo humano integral sostenible y la formación en valores para la paz, la convivencia, la no violencia y la ciudadanía.

- En el 2016, el sistema educativo tendrá incorporada y desarrollada una política pública sobre la educación desde y para la solidaridad, como programa de formación con sentido humanitario y desarrollo social, que contribuya al logro de la paz, la convivencia y las prácticas ciudadanas.

- Se contará con atención especializado para la población vulnerable, a través de maestros especializados, espacios y las dotaciones necesarias.

Para el cumplimiento de estas metas, el Plan ha definido el siguiente grupo de acciones:

- Capacitación a los docentes y la comunidad en general, en programas encaminados al fortalecimiento de la paz, convivencia y ciudadanía.

- Creación de espacios y escenarios en todas las instituciones y/o entes territoriales, para el desarrollo de programas de fortalecimiento de la paz, convivencia y ciudadanía.

- Establecer convenios interinstitucionales para la utilización de los medios de comunicación.

- Conformar grupos focales e institucionales de gestión, veedurías y ejecución de los programas relacionados.

- Implementar alianzas estratégicas y convenios de cooperación entre el Estado, las instituciones educativas, las facultades de educación y comunicación social, los medios de comunicación, y otras organizaciones nacionales e internacionales para fortalecer la convivencia, la cultura de manejo y resolución de conflictos, la paz, la no violencia, la formación en valores, la capacidad crítica de la comunidad y el respeto por lo público y lo privado.

- Formar grupos para el liderazgo de la convivencia y la cultura de la no violencia.

- Diseñar programas de formación permanente para la comunidad educativa y la sociedad, que incluyan procesos, estrategias, núcleos temáticos y socialización de experiencias significativas.

- Incentivar programas de investigación, sistematización, innovación y producción de saber pedagógico en y para la paz, la convivencia y la ciudadanía.

- Implementar las salas de conciliadores estudiantiles integradas de manera interdisciplinaria con representantes de los diferentes estamentos educativos y dotarlas con recursos legales, administrativos, metodológicos, pedagógicos y tecnológicos para resolver en primera instancia los conflictos institucionales.

- La Secretarías de Educación y el Ministerio de Educación Nacional prestarán acompañamiento y asesoría a las instituciones de educación para el cumplimiento de la adecuación curricular, y de la revisión de las propuestas de convivencia de las instituciones de educación.

• Nombramiento de personal, idóneo y especializado para atender problemas de carácter sexual de identidad y de transformación de conflictos.

Adicional a lo anterior, el Plan Nacional de Educación, Respeto y Práctica de los Derechos Humanos (en adelante PLANEDH) de octubre de 2007¹, asume compromisos derivados de los instrumentos internacionales en la materia de las normas del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) y de las recomendaciones hechas por la OACNUDH, el cual se constituye como la política pública en materia de educación de Derechos Humanos, y donde se ha establecido que el Ministerio de Educación Nacional y la Defensoría del Pueblo convocan a la conformación de un Consejo Nacional de Educación en Derechos Humanos, el cual a su vez nombrará un Comité Técnico Nacional, donde se constituyen equipos técnicos territoriales con participación de instituciones públicas y privadas en los niveles departamental, distrital y municipal.

Como se ha visto, lo propuesto en el proyecto de ley se ha venido incluyendo en forma consuetudinaria en los diferentes planes de desarrollo, y en las políticas del Gobierno Nacional con carácter de obligatoriedad, acorde a la Ley 152 de 1994, de manera que no tendría que generarse impacto adicional a las finanzas públicas nacionales, y en ese orden de ideas, las entidades directamente involucradas deberán cubrir las implicaciones de esta iniciativa con las asignaciones destinadas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo (en adelante MFMP) del sector aprobado en la presente vigencia.

Ahora bien, la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social de esta Cartera encuentra que el financiamiento de la orientación psicológica como lo plantea el proyecto, genera un desequilibrio financiero para la Subcuenta de Promoción y Prevención del Fosyga, pues al incluir una nueva destinación se disminuye la cantidad de recursos disponibles para cubrir el costo de los programas de promoción y prevención determinados por el MS para la población afiliada al Régimen Contributivo, quienes son los encargados de financiar dicha Subcuenta con el pago de la cotización obligatoria en salud, a la luz de lo dispuesto por el artículo 222 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de esta disminución de recursos, se afecta también la Subcuenta de Compensación del Fosyga, y en últimas, la sostenibilidad del Régimen Contributivo, debido a que los programas de promoción y prevención tienen por finalidad mitigar la siniestralidad, es decir, el riesgo de enfermar de los afiliados al Régimen Contributivo, con el objetivo de que la frecuencia de uso de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (en adelante POS) disminuya y no llegue a afectar la disponibilidad de recursos para financiar el POS (Subcuenta de Compensación del Fosyga), premisa que se vena en entredicho si se llega a disminuir la inversión en programas de promoción y prevención de a enfermedad, pues los afiliados terminarían por enfermarse más y demandar un mayor número de servicios del POS.

Existe entonces una articulación entre los programas de promoción y prevención y el POS, en la medida en que se financian con la misma fuente, es decir,

¹ Basado en un conjunto de principios éticos, jurídicos, políticos, educativos y culturales que se enmarcan dentro de los fundamentos del Estado Social de Derecho, consagrado en la Constitución Política de 1991, a través del artículo 67, en el cual se dispone que la educación formará al colombiano en el respeto a los Derechos Humanos, a la paz y a la democracia.

las cotizaciones que pagan los afiliados al Régimen Contributivo, razón por la que no es viable establecer el uso de estos recursos para unos diferentes y por lo tanto, no es aceptable que se pretenda financiar con cargo a los dineros de la salud de toda la población afiliada al Régimen Contributivo, servicios individuales y especializados para cada establecimiento educativo, en un ámbito distinto a la atención en salud.

En ese sentido, vale recordar que la cotización en salud es una contribución de carácter parafiscal, y por lo tanto los recursos recaudados tienen una destinación específica, cual es, la de financiar los servicios de salud definidos en el POS y los de promoción y prevención, pero para la población que realiza los aportes, de allí su naturaleza parafiscal. En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de forma reiterada, como por ejemplo, en la Sentencia C-430 de 2009 con ponencia del Magistrado Juan Carlos Henao Pérez en los siguientes términos:

“(…) La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, y en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo”.

Por lo tanto, la parafiscalidad de las cotizaciones en salud se predica no sólo frente a su destinación específica para financiar el POS, sino también para financiar los programas de promoción y prevención, razón por la que no pueden emplearse dichos recursos para financiar actividades diferentes ni para otros grupos poblacionales, distintos a los afiliados al Régimen Contributivo.

En ese sentido, cabe señalar que según lo dispuesto en el proyecto de ley, las actividades que se pretenden financiar con los recursos de promoción y prevención están ligadas con la institucionalidad y programas educativos y no con la prestación ni promoción de servicios de salud.

Por otra parte, cabe recordar que en materia de prestación de servicios de salud y específicamente frente a la atención psicológica, el Sistema General de Seguridad Social en Salud prevé en el POS vigente (Acuerdo número 29 de 2011 de la CRES) para toda la población y en el Acuerdo número 31 de 2012, *“por el cual se agrupa por ciclos vitales el contenido de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud para los niños y niñas menores de 18 años contenido en el Acuerdo número 29 de 2011”*², que se otorgará aten-

² El siguiente artículo se repite para cada ciclo vital del Acuerdo número 31 de 2012: **“ATENCIÓN EN SALUD MENTAL. Para la atención de menores con trastorno o enfermedad mental se cubren todos los procedimientos y medicamentos establecidos el Plan Obligatorio de Salud vigente, incluyendo la internación total a parcial (hospital día) hasta por 90 días, la psicoterapia ambulatoria individual por psiquiatría y por psicología, hasta treinta (30) sesiones durante el año calendario, independientemente de la fase en que se encuentra la enfermedad y la psicoterapia ambulatoria grupal, familiar y de pareja, por psiquiatría y por psicología, hasta treinta (30) sesio-**

ción en salud mental con unas coberturas claras en materia de atención psicológica y psiquiátrica y que para el caso de las víctimas de violencia intrafamiliar, víctimas de abuso sexual o con trastornos alimentarios o con uso de sustancias psicoactivas y para menores con discapacidad, las coberturas se duplican, todo lo cual se financia con los recursos del régimen al cual se encuentren afiliados (Subsidiado o Contributivo), y a través de la red contratada por cada EPS.

Adicionalmente, se debe aclarar que en el caso de las acciones de promoción y prevención, el artículo 12 del Acuerdo número 29 señala que el POS cubre todas las atenciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, protección específica y detección temprana y adoptadas mediante las Resoluciones números 412 y 3384 de 2000, 3442 de 2006 y 0769 y 1973 de 2008 del MS. El mismo artículo también dispone que, “(...) Si alguna de las normas o guías referidas en el presente artículo son modificadas de tal forma que se incluyan tecnologías en salud, requieren aprobación expresa de la Comisión de Regulación en Salud para ser incluidas dentro de los contenidos del Plan Obliga todo de Salud”.

Este último mandato encuentra su fundamento en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 y 25 de la Ley 1438 de 2011, en donde el primero dispone que cualquier inclusión en el Plan de Beneficios que realice la CRES debe realizarse “(...) de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema” y, el segundo, señala que el Plan de Beneficios debe actualizarse cada dos años “(...) atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios”.

Por lo tanto, es claro que frente a la prestación de servicios de salud en salud mental y de programas de prevención y promoción, el Sistema cuenta con coberturas importantes que podrán ser solicitadas por los estudiantes cuando en los establecimientos educativos se identifique la posible ocurrencia de patologías relacionadas con la salud mental, que requieran atención psicológica o psiquiátrica y, en ese caso, los menores podrán ser atendidos a través de su EPS.

Ahora bien, como el interés del proyecto de ley está relacionado no con la prestación de servicios de salud, sino con la existencia de una institucionalidad al interior de cada establecimiento educativo que les permita implementar de forma eficiente los programas educativos relacionados con el respeto por los derechos humanos, la sexualidad y la mitigación y preven-

ción de la violencia escolar, esas medidas no pueden ser financiadas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud en razón a la naturaleza parafiscal de los recursos que lo financian, como arriba se señaló.

En ese sentido, el artículo 32 del proyecto de ley, según el cual “(...) El Ministerio de Salud conjuntamente con el Ministerio de Educación determinará anualmente la partida de recursos de prevención del Sistema General de Seguridad Social en Salud que se destinarán para financiar los profesionales de que trata el artículo anterior, debe **ELIMINARSE** de la iniciativa en comentario.

En consecuencia, respetuosamente se solicita tener en cuenta las anteriores consideraciones durante el trámite legislativo de la iniciativa que nos ocupa, no sin antes manifestarle muy atentamente nuestra voluntad de colaborar con la actividad legislativa en los términos de disciplina fiscal vigente.

Cordialmente,

Mauricio Cárdenas Santamaría,
Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Con Copia:	Doctora María Fernanda Campo Saavedra, Ministra de Educación Nacional, calle 43 N° 57-14, Centro Administrativo Nacional, CAN, en la ciudad de Bogotá, D. C. – Autora
	Honorable Representante Simón Gaviria Muñoz - Autor
	Honorable Representante Telésforo Pedraza - Autor
	Honorable Representante Juana Carolina Londoño Jaramillo - Autora y ponente
	Honorable Representante Iván Darío Agudelo Zapata - Ponente
	Honorable Representante Carlos Andrés Amaya Rodríguez - Ponente
	Honorable Representante Wilson Néber Arias Castillo - Ponente
	Honorable Representante Atilano Alonso Giraldo Arboleda - Ponente
	Honorable Representante Jairo Quintero Trujillo - Ponente
	Honorable Representante Didier Alberto Tavera Amado - Ponente
	Doctor Jesús Alfonso Rodríguez Camargo, Secretario General de la honorable Cámara de Representantes para que obre dentro del expediente, y a los demás honorables Representantes de la Plenaria de la honorable Cámara de Representantes

* * *

CARTA DE COMENTARIOS DEL MINISTERIO DE CULTURA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 187 DE 2012 CÁMARA

por medio de la cual se modifica el artículo 470 del Estatuto Tributario y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., septiembre 6 de 2012

Doctor

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO

Secretario General

Honorable Cámara de Representantes

Referencia: Observaciones Proyecto de ley número 187 de 2012 Cámara.

Respetado señor Secretario:

Desde el año 2003, se creó una sobretasa del 4% al IVA a la telefonía celular, destinada un 75% al deporte y un 25% al deporte y a la cultura.

nes durante el año calendario, independientemente de la fase en que se encuentra la enfermedad.

Para el caso de víctimas de violencia intrafamiliar y/o con casos de abuso sexual y/o con trastornos alimentarios como anorexia o bulimia y/o con uso de sustancias psicoactivas y/o con discapacidad, estas coberturas se duplican, así:

- La internación total o parcial (hospital día) se cubre hasta por 180 días

- La psicoterapia ambulatoria individual por psiquiatría y por psicología, se cubre hasta sesenta (60) sesiones durante el año calendario, independientemente de la fase en que se encuentra la enfermedad.

- La psicoterapia ambulatoria grupal, familiar y de pareja, por psiquiatría y por psicología, se cubre hasta sesenta (60) sesiones durante el año calendario, independientemente de la fase en que se encuentra la enfermedad.

En el año 2010 a través de la Ley 1379, se dispuso en su artículo 41 que “En desarrollo de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 397 de 1997, no menos del 10% del total del incremento de IVA a que se refiere el artículo 470 del Estatuto Tributario, adicionado por la Ley 1111 de 2006, se destinarán a los efectos previstos en dicho artículo”.

Por su parte el artículo 24 de la Ley 397 de 1997, dispone: “Los Gobiernos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal consolidarán y desarrollarán la Red Nacional de Bibliotecas Públicas, coordinada por el Ministerio de Cultura, a través de la Biblioteca Nacional, con el fin de promover la creación, el fomento y el fortalecimiento de las bibliotecas públicas y mixtas y de los servicios complementarios que a través de estas se prestan. Para ello, incluirán todos los años en su presupuesto las partidas necesarias para crear, fortalecer y sostener el mayor número de bibliotecas públicas en sus respectivas jurisdicciones. El Ministerio de Cultura, a través de la Biblioteca Nacional, es el organismo encargado de planear y formular la política de las bibliotecas públicas y la lectura a nivel nacional y de dirigir la Red Nacional de Bibliotecas Públicas”.

Posteriormente, la Ley 1393 de julio 12 de 2010, “por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 10 redefinió la destinación de estos recursos, suprimiendo a destinación del 10% que había hecho la Ley 1379.

La Corte Constitucional a través de la acción pública de inconstitucionalidad, declaró inexecutable este artículo 10 de la Ley 1393, la cual había modificado el artículo 41 de la Ley 1379, ya transcrita, con lo cual esta última norma quedó plenamente vigente, manteniéndose así el 10% para la Red Nacional de Bibliotecas Públicas.

En la actualidad se tramita el Proyecto de ley número 187 de 2012 Cámara, en el cual se plantea la variación de la distribución de los recursos de la sobretasa al IVA a la Telefonía Celular, un 50% para el deporte y un 50% para el deporte y la cultura.

Al omitir citar el proyecto de ley en comentario, la norma que regula actualmente el 10% para las Bibliotecas (artículo 41 Ley 1379 de 2010 - Ley de Bibliotecas Públicas), es muy posible, como ya ha sucedido, que se llegare a entender que se está derogando el citado artículo 41 en lo referente a la destinación del 10% a las Bibliotecas Públicas, interpretación en la cual han coincidido miembros de la Red de Bibliotecas y otros actores del sector cultural, y que por ello pone en grave riesgo la viabilidad del proyecto de Bibliotecas, en el cual se han invertido cuantiosos recursos y que ha despertado la esperanza de numerosos colombianos a lo largo y ancho del país en un futuro promisorio.

Es por ello que el Ministerio de Cultura, a fin de no dejar ese inmenso vacío, sujeto a la interpretación de todos aquellos que por cualquier razón tengan que revisar la norma contenida en el proyecto de ley, en caso de que la misma cumpla su tránsito legislativo, considera imperioso y así lo ha sugerido, la inclusión de un inciso dentro del texto del proyecto de ley que especifique y claramente advierte que ese 10% de los recursos de la sobretasa al IVA a la telefonía celular deben ser apropiados en el presupuesto del Ministerio de Cultura, con lo cual se evitan futuros inconvenientes que lleguen a sucederse por la falta de precisión, al momento de hacer la modificación que se plantea.

Por lo tanto el texto que se plantea sea incluido como inciso del texto del proyecto de ley, es el siguiente:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 1379 de 2010, los recursos destinados para la Red de Bibliotecas Públicas serán apropiados en el presupuesto del Ministerio de Cultura”.

De acuerdo con lo anterior, incluyendo el inciso señalado, el texto del proyecto de ley quedaría así:

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 187 DE 2012
CÁMARA**

por medio de la cual se modifica el artículo 470 del Estatuto Tributario y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 470. Servicio gravado con la tarifa del veinte por ciento (20%). Quedará así: A partir del 1° de enero de 2007, el servicio de telefonía móvil está gravado con la tarifa del 20%.

El incremento del 4% a que se refiere este artículo será destinado a inversión social y se distribuirá así:

– **Un 50%** para el plan sectorial de fomento, promoción y desarrollo del deporte, y la recreación, escenarios deportivos incluidos los accesos en las zonas de influencia de los mismos, así como para la atención de los juegos deportivos nacionales y los juegos paralímpicos nacionales, los compromisos del ciclo olímpico y paralímpico que adquiera la Nación y la preparación y participación de los deportistas en todos los juegos mencionados y los del calendario único nacional.

– **El 50%** restante será girado al Distrito Capital y a los departamentos, para que mediante convenio con los municipios y/o distritos que presenten proyectos que sean debidamente viabilizados, se destine a programas de fomento y desarrollo deportivo e infraestructura, atendiendo los criterios del Sistema General de Participación, establecidos en la Ley 715 de 2001 y también, el fomento, promoción y desarrollo de la cultura y la actividad artística colombiana.

El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones de distribución de estos recursos los cuales se destinarán por los Departamentos y el Distrito Capital en un 50% para cultura dándole aplicación a la Ley 1185 de 2008 y el otro 50% para deporte.

Del total de estos recursos se deberán destinar mínimo un **cinco 5%** para el fomento, promoción y desarrollo del deporte, la recreación de deportistas con discapacidad y los programas culturales y artísticos de gestores y creadores culturales con discapacidad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 1379 de 2010, los recursos destinados para la Red de Bibliotecas Públicas serán apropiados en el presupuesto del Ministerio de Cultura.

Los municipios y/o distritos cuyas actividades culturales y artísticas hayan sido declaradas como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad por la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura Unesco, tendrán derecho a que del porcentaje asignado se destine el cincuenta por ciento (50%) para la promoción y fomento de estas actividades.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, deberán informar anualmente a las comisiones económicas del Congreso de la República, el valor recaudado por este tributo y la destinación de los mismos.

Parágrafo 2°. Parágrafo adicionado por el artículo 175 de la Ley 1450 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Los recursos girados para cultura al Distrito Capital y a los Departamentos, que no hayan sido eje-

cutados al final de la vigencia siguiente a la cual fueron girados, serán reintegrados por el Distrito Capital y los Departamentos al Tesoro Nacional, junto con los rendimientos financieros generados.

Los recursos reintegrados al Tesoro Nacional serán destinados a la ejecución de proyectos de inversión a cargo del Ministerio de Cultura relacionados con la apropiación social del patrimonio cultural.

Los recursos de las vigencias comprendidas desde 2003 a 2010 que no hayan sido ejecutados antes del 31 de diciembre de 2011, deberán reintegrarse junto con los rendimientos generados al Tesoro Nacional, a más tardar el día 15 de febrero de 2012. En las siguientes vigencias, incluido el 2011, el reintegro de los recursos no ejecutados deberá hacerse al Tesoro Nacional a más tardar el 15 de febrero de cada año, y se seguirá el mismo procedimiento.

Cuando la entidad territorial no adelante el reintegro de recursos en los montos y plazos a que se refiere el presente artículo, el Ministerio de Cultura podrá descontarlos del giro que en las siguientes vigencias deba adelantar al Distrito Capital o al respectivo Departamento por el mismo concepto.

Artículo 2°. La presente ley rige a partir de su promulgación, y deroga todas las normas que le sean contrarias. Deróguese el Decreto número 2305 de 2004.

Agradecemos la atención prestada a estas observaciones, realizadas en aras de conservar los recursos que están permitiendo que la población más vulnerable del país tenga acceso a los libros y a la lectura, hecho que contribuye al desarrollo de las comunidades y la erradicación de la pobreza en el país.

Cordialmente,

Mariana Garcés Córdoba,
Ministra de Cultura.

CONTENIDO

Gaceta número 677 - Martes, 9 de octubre de 2012
CÁMARA DE REPRESENTANTES

Págs.

PROYECTOS DE LEY

Proyecto de ley número 169 de 2012 Cámara, por medio de la cual se reglamenta el cobro de los derechos de grado por parte de las instituciones educativas 1

CARTA DE COMENTARIOS

Carta de comentarios del Ministerio de Hacienda y Crédito público al Proyecto de ley número 116 de 2012 Cámara, por la cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política, para fortalecer la representación en el Congreso de la República de los colombianos residentes en el exterior 4

Carta de comentarios del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural al Proyecto de ley número 183 de 2012 Cámara, por medio de la cual se deroga un artículo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), y se despenaliza una conducta 4

Carta de comentarios del Ministerio de Salud y Protección Social al proyecto de acto legislativo número 040 de 2012 Cámara, por el cual se adiciona un inciso al artículo 11 de la Constitución Política que eleva a derecho fundamental a la salud de todos los colombianos 5

Carta de comentarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Proyecto de ley número 201 de 2012 Cámara, por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y formación para el ejercicio de los Derechos Humanos, sexuales y reproductivos, y la prevención y mitigación de la violencia escolar 11

Carta de comentarios del Ministerio de Cultura al Proyecto de ley número 187 de 2012 Cámara, por medio de la cual se modifica el artículo 470 del Estatuto Tributario y se dictan otras disposiciones 14