



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 437

Bogotá, D. C., martes, 6 de junio de 2017

EDICIÓN DE 28 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO DEL INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 15 DE 2016 SENADO

por la cual se modifica el régimen de seguridad social de los pensionados.

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Senador

ÓSCAR MAURICIO LIZCANO ARANGO

Senado

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68 Edificio Nuevo del Congreso

Bogotá, D. C.

Asunto: Consideraciones del informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 15 de 2016 Senado, por la cual se modifica el régimen de seguridad social de los pensionados.

Respetado Presidente:

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

El proyecto de ley referenciado en el asunto de iniciativa parlamentaria tiene por objeto modificar el porcentaje de cotización en salud de los pensionados del 12% al 4%, cuando la pensión no presente más de cuatro (4) salarios mínimos.

Frente al particular, es preciso aclarar que los **aportes en salud** son una contribución parafiscal

cuya naturaleza jurídica ha sido objeto de reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional¹. En ellos se ha precisado que son el resultado de la soberanía fiscal del Estado, **una clase de tributo** de carácter obligatorio que se cobra a un grupo determinado y se invierte en beneficio del mismo². Al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

“...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...”³. (Subrayas por fuera del texto original).

Así, es claro que toda contribución parafiscal, por su naturaleza tributaria, se encuentra sometida a las reglas y principios aplicables a cualquier tipo de norma que ostente este carácter y específicamente a aquellas que rigen el procedimiento legislativo.

¹ Sentencias C-152 de 1997, C-577 de 1995, C-711 de 2001, C-1067 de 2002 y C-800 de 2003 entre otras.

² “...los tributos o contribuciones parafiscales constituyen una categoría tributaria específica distinta de las tasas y los impuestos...”. Sentencia C-577 de 1995 M. P., Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Sentencia C-430 de 2009 M. P., Juan Carlos Henao Pérez.

Ahora bien, es relevante considerar que la disminución de la cotización en salud de los pensionados del 12% al 4% es una disminución de la tarifa de un tributo y, por lo mismo, es una medida que incorpora una exención o **beneficio tributario**.

En esta materia, la Corte Constitucional ha señalado que las exenciones *“impiden el nacimiento de la obligación tributaria en relación con determinados sujetos o disminuye la cuantía de la misma, por consideraciones de política fiscal. Así, si bien en principio, respecto del contribuyente, se concreta el hecho generador del tributo, este se excluye de forma anticipada de la obligación tributaria, por disposición legal, mediante una técnica de desgravación que le permite al legislador ajustar la carga tributaria (...)”*. (Subrayas por fuera del texto original)⁴.

Teniendo que, como se ha demostrado, el contenido del proyecto de ley *sub examine* incluye una exención tributaria, es preciso aclarar que tanto la Constitución como la propia Corte han resaltado que **la iniciativa legislativa para estos asuntos es privativa del Gobierno**. Así, si bien en variada jurisprudencia⁵ la Corte Constitucional ha establecido que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración al momento de establecer este tipo de beneficios, dicha libertad de configuración no es absoluta y debe observar las reglas particulares aplicables, especialmente, la de iniciativa gubernamental de acuerdo con el artículo 154 de la Constitución Política que establece:

“Artículo 154. Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.

No obstante, sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a), b) y e), del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”. (Subrayas fuera de texto original).

Al respecto, la Corte afirmó que⁶:

“...Sobre el particular, la Corte ha destacado que al legislador le corresponde, a iniciativa del gobierno, evaluar la conveniencia y oportunidad de excluir a ciertas personas o actividades del

pago de un tributo determinado, ya sea para estimular o incentivar ciertas actividades o comportamientos o con el propósito de reconocer situaciones de carácter económico o social que ameriten el otorgamiento del beneficio fiscal”. (Negrilla por fuera del texto original).

Así las cosas, y específicamente en materia de aportes a seguridad social en salud de los pensionados, la Corte Constitucional realizó el análisis pertinente en la Sentencia C-838 de 2008, al pronunciarse sobre las objeciones presidenciales presentadas al **Proyecto de ley número 26 de 2007 Senado, 121 de 2007 Cámara**, mediante el cual se adicionó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, con el fin de establecer una tarifa de cotización en salud para los pensionados del 12%, considerando lo siguiente:

“... En el presente caso, el proyecto de ley presentado por el Gobierno concedía a los pensionados que recibieran mesadas pensionales que no superaran un salario mínimo legal mensual, una exención tributaria respecto de la obligación de pagar un incremento del 0.5% en la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, obligación que, según ha sido definido por esta Corporación en reiterada jurisprudencia, constituye una contribución parafiscal.

En lo que se refiere a la exención tributaria, el proyecto de ley que fija el monto de las cotizaciones de los pensionados era uno de aquellos que, en virtud de lo prescrito por el segundo inciso del artículo 154 de la Constitución Política, correspondía a la iniciativa privativa o exclusiva del ejecutivo, pues dicha norma superior prescribe que sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes que “decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”, y dado que la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud es una especie del género de las obligaciones tributarias llamado “contribución parafiscal”, es claro que el proyecto de ley correspondía a aquellos que son de la iniciativa exclusiva del Gobierno...”. (Subrayas fuera del texto original).

De igual manera, la honorable Corte, en Sentencia C-1707 de 2000, al referirse a un caso similar, estableció que:

“...De conformidad con los anteriores supuestos, se tiene que la iniciativa de que trata el proyecto de ley objetado, en la medida que compromete la facultad constitucional de crear exenciones tributarias, radica de manera exclusiva y excluyente en el Ejecutivo, razón por la cual, acciones legislativas de esa naturaleza, sólo pueden ser dictadas a instancias del Gobierno nacional o con su participación y consentimiento expreso.

(...)

En efecto, en el entendido de que el proyecto de ley busca exonerar a los pensionados y beneficiarios del pago de las cuotas moderadoras y copagos para acceder a los servicios de salud, es de inte-

⁴ Véase la Sentencia C-748 de 2009. La cual sigue lo establecido en la Sentencia C-511 de 1996, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Sentencias C-341 de 1998, M. P., José Gregorio Hernández Galindo y C-250 de 2003, M. P., Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

⁶ En Sentencia C-748 de 2009, siguiendo la línea de la Sentencia C-183 de 1998, M. P., Eduardo Cifuentes Muñoz.

rés señalar que, siguiendo el criterio hermenéutico sentado por esta Corporación a lo largo de su extensa jurisprudencia, los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social en Salud, llámense aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en particular, a la cuenta del denominado régimen subsidiado ...”. (Subrayas propias).

Como se ve, la jurisprudencia de la Corte ha indicado de manera reiterada que la disminución de las tarifas de los aportes a seguridad social está restringida por la iniciativa privativa del Gobierno a la que se refiere el artículo 154 de la Constitución.

En el caso concreto, el proyecto de ley objeto del presente pronunciamiento establece un beneficio tributario, como quiera que disminuye el monto de las cotizaciones por aportes a salud de los pensionados del 12% al 4%, cuando la pensión no represente más de cuatro (4) salarios mínimos. Al respecto, se debe indicar que actualmente el monto del aporte a salud para los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), es del 12.5% del ingreso o salario base de cotización⁷, mientras que el de los pensionados es del 12%⁸ por efecto de una exención otorgada por la Ley 1250 de 2008, medida que fue considerada por la Corte Constitucional como una exención generalizada para todos los pensionados, al manifestar que *“...la variación introducida por el Congreso consistió en extender una exención a toda la población pensionada, y no sólo a un sector de ella...”*⁹.

Por lo anterior, al tratarse de un asunto de iniciativa privativa del Ejecutivo, el proyecto de la referencia debe contar con el consentimiento expreso del Gobierno nacional, lo que jurisprudencialmente se ha denominado “aval del gobierno”¹⁰. Uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional en esta materia es que el aval puede ser dado por el Presidente de la República o *“...ser otorgado por el Ministro el titular de la cartera que tiene relación con los temas materia del proyecto...”*¹¹.

⁷ Artículo 204 de la Ley 100 modificado por el artículo 10 de la Ley 112 de 2007.

⁸ En virtud de lo establecido en la Ley 1250 de 2008 que adicionó un párrafo al artículo 204 de la Ley 100.

⁹ Sentencia C-838 de 2008.

¹⁰ Sentencia C-177 de 2007, M. P., Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹ Sentencia C-838 de 2008.

En atención a lo anterior, es esta Cartera la única competente para avalar la iniciativa bajo estudio, pues es función del Ministerio de Hacienda definir, formular y ejecutar la política económica del país, así como preparar las leyes, decretos y la regulación, en materia fiscal y tributaria, entre otras¹². En consonancia con lo anterior, el artículo 7° de la Ley 819 de 2003¹³ *“determina la exigencia de compatibilidad entre los proyectos de ley que ordenen gasto o que otorguen beneficios tributarios y el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Con base en ello la ley en mención exige (...) que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá rendir concepto frente a la consistencia de ese estudio de impacto fiscal”*¹⁴.

Así las cosas, se debe **precisar que esta iniciativa no cuenta con aval del Gobierno, por lo que el trámite está viciado de inconstitucionalidad**¹⁵, en los términos de lo establecido, entre otras, en la Sentencia C-1707 del 2000:

“...ha de concluirse que cuando la iniciativa legislativa radique en el Gobierno nacional y este no la ejerza ni la convalide –en los casos en que haya tenido lugar a instancia de otros actores políticos–, los proyectos de ley que tramite el Congreso de la República resultan contrarios a la Constitución Política, pues contravienen la exigencia contenida en su artículo 154 inciso 2° que le restringe al Parlamento la competencia para comenzar a su arbitrio, el proceso formativo de leyes que desarrollen las materias previstas en el dispositivo citado, entre otras, “las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales” ...”. (Subraya por fuera del texto original).

Este Ministerio reitera las consideraciones expuestas frente al **Proyecto de ley número 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara**, en el cual se propone la misma exención tributaria, y se ha destacado su inconveniencia. Así las cosas, el proyecto de ley genera un impacto fiscal promedio anual (en el período 2017-2022) de \$2.5 billones corrientes que dejarán de ingresar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Además, si el texto propuesto del articulado entra en vigencia a partir del segundo semestre del 2017, se proyecta que el SGSSS dejaría de recibir \$1.08 billones solamente en 2017, los cuales no están presupuestados. El siguiente cuadro presenta el costo anual del proyecto para los próximos 5 años (en un horizonte de tiempo más amplio, el monto sería superior):

¹² Ver artículo 1.1.1.1 del Decreto 1068 de 2015 Decreto Único del Sector Hacienda.

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

¹⁴ Sentencia C-141 de 2010.

¹⁵ Cfr. Sentencia C-177 de 2007, M. P., Humberto Antonio Sierra Porto, que permite que un proyecto de ley de dicha naturaleza pueda ser tramitado en el Congreso de la República, por iniciativa parlamentaria, siempre y cuando el Gobierno consienta en el mismo, mediante la figura denominada jurisprudencialmente como “aval del gobierno”.

Año	2017 (segundo semestre)	2018	2019	2020	2021	2022
Recursos que en ese período dejaría de recibir el SGSSS*.	\$1.085.645	\$2.328.248	\$2.480.715	\$2.644.600	\$2.821.228	\$3.070.602

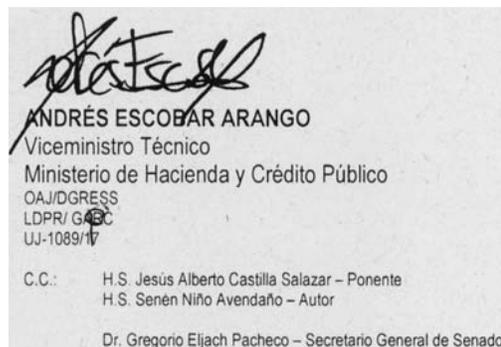
* Cifras expresadas en millones de pesos corrientes. - Cálculos propios.

Lo anterior pone en evidencia el impacto negativo que el proyecto tiene sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional y sobre las finanzas públicas en general. La disminución de los recursos es vertiginosa y compromete seriamente la garantía constitucional del derecho a la seguridad social de la salud. Adicionalmente, estos recursos no están considerados en el Presupuesto General de la Nación ni en el Marco Fiscal y de Gasto de Mediano Plazo.

La propuesta, además, no establece una fuente sustituta de recursos, lo cual infringe las exigencias dispuestas en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, en el sentido de señalar la fuente de ingreso adicional para el financiamiento de los costos fiscales de la iniciativa, la cual debe hacerse expresa en toda propuesta de ley.

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

Cordialmente,



* * *

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL INFORME DE PONENCIA PARA CUARTO DEBATE DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 123 DE 2016 SENADO, 082 DE 2015 CÁMARA

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Senador

ÓSCAR MAURICIO LIZCANO

Senado

Congreso de la República de Colombia

Carrera 7 N° 8-68 Edificio Nuevo del Congreso

Bogotá, D. C.

Asunto: Consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al informe de ponencia para cuarto debate del Proyecto

de ley número 123 de 2016 Senado, 082 de 2015 Cámara, por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y sus parámetros de salud reproductiva.

Respetado Presidente:

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

El proyecto de ley referenciado en el asunto, de iniciativa parlamentaria, tiene por objeto “establecer los lineamientos para el desarrollo de la política de prevención y tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”.

Para llevar a cabo dicho objeto : (i) define la infertilidad como una enfermedad, (ii) propone que el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) en un término de 6 meses adelante la política pública de infertilidad “... con miras a garantizar el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas y su protección a través del Sistema de Seguridad Social en Salud...”, (iii) una vez establecida la política pública de infertilidad, en un término no superior a un año, el MSPS deberá reglamentar “...el acceso a los tratamientos de reproducción asistida o Terapias de Reproducción Asistida (TRA), conforme a los lineamientos técnicos para garantizar el derecho con recursos públicos, bajo el enfoque de derechos sexuales y derechos reproductivos contenidos en el Plan Decenal de Salud Pública...”, determinando los requisitos de acceso al tratamiento de reproducción, los mecanismos de protección individual, sistemas e infraestructura técnica requerida para la prestación del servicio.

Es importante decir que actualmente a la luz de la Ley 100 de 1993¹, el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), tiene por principal fuente de financiación los aportes a la salud que hacen sus afiliados, por cuenta de las cotizaciones que de forma obligatoria impone el sistema. Estas financian el principal ingreso de las EPS, el valor de las Unidades de Pago por Capitalización (UPC), el cual se reconoce a cada una de las EPS, por cada persona afiliada y beneficiaria. De esta manera, las cotizaciones financian la UPC, a fin de que el sistema, a través de las EPS, cumpla su función principal de aseguramiento en salud, en sujeción estricta al POS.

De acuerdo con el artículo 48 superior, los recursos de la seguridad social no se podrán usar para

¹ Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

finés distintos a esta. Dicha característica los convierte en recursos parafiscales. No admiten un uso distinto. Esa afectación es la que cimienta la restricción impuesta en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011² en el sentido de prohibir los recursos del sistema en la adquisición de activos fijos o en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Del mismo modo, el modelo de seguridad social descrito permite dar cumplimiento a las consagraciones constitucionales referentes a la forma en que deberá garantizarse la seguridad social en salud bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

De la aplicación del principio de la solidaridad se derivan varias implicaciones de suma importancia para la real y efectiva garantía de la seguridad social, una de ellas, expuesta en palabras de la Corte Constitucional, es “...que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto ...”³. La solidaridad así vista permite entender que las cotizaciones se convierten en la principal fuente de financiación del SGSSS, y así de los servicios y tecnologías incluidos en el POS, a partir del reconocimiento del valor de la UPC.

Ahora bien, la prestación de servicios y tecnologías incluidos actualmente en el Plan de Beneficios del SGSSS, para atender las facetas de promoción, prevención, paliación, atención de las enfermedades y rehabilitación de las secuelas de la población colombiana, corresponde a una labor cuyo resultado es consecuencia de las competencias ejercidas por el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), especialmente otorgadas en el Decreto número 2562 de 2012⁴ que establece dentro de sus funciones la de definir y actualizar el POS y definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) de cada régimen.

La competencia otorgada al MSPS tiene fundamento en el modelo de seguridad social que se ha venido describiendo. Desde la expedición de la Ley 100 de 1993 ha sido preocupación del legislador las entidades que participan e interactúan al interior del SGSSS, especialmente en el proceso de inclusión de servicios y tecnologías en salud dentro del POS y su financiación, conforme a la cláusula constitucional que consagra que la seguridad social se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Desde un comienzo quedó establecida esta competencia en cabeza del MSPS, la Superintendencia Nacional de Salud y el otrora Consejo Nacional de

Seguridad Social en Salud⁵. Entidad esta última que fuera la encargada de definir la UPC hasta la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007⁶ que creó la Comisión de Regulación en Salud, entidad que en su reemplazo ejerció dicha función, así como la definición y modificación de los Planes Obligatorios de Salud hasta el año 2012, fecha en que se ordenó su supresión y se ordenó el traslado de estas funciones al MSPS.

Lo anterior, obedece en primer lugar al criterio de *especialidad* que ha demarcado el terreno de la competencia asignada al MSPS como el órgano rector del sector salud encargado de formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, y participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales. Y en segundo lugar, al *carácter técnico de la materia*, que complementa el primer criterio, siendo fundamental en el proceso de ejecución de esas políticas pero especialmente garantista del acceso al derecho a la salud, facultando al MSPS para definir los servicios y tecnologías incluidos en el Plan de Beneficios y la UPC.

De acuerdo con la Ley 100 de 1993, la UPC se establecerá de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico, los costos de prestación y la tecnología media disponible, las condiciones financieras del sistema, su financiación y estudios técnicos respectivos⁷. Debe consultar, además, el equilibrio financiero del sistema de acuerdo con las proyecciones de sostenibilidad de mediano y largo plazo, en cualquier caso compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo⁸. En suma, la UPC responde a un análisis técnico y actuarial que contrasta la población objetivo y los servicios y tecnologías con cobertura en salud.

Sin perjuicio de la competencia del Congreso de la República de hacer las leyes, esta Cartera no comparte la inclusión de servicios y tecnologías en salud mediante leyes, tal como se pretende hacer mediante el proyecto de ley del asunto, en tanto esta práctica disiente de la filosofía que inspira al SGSSS la cual exige que la ejecución de la labor de inclusión requiera *especialidad* y un *estudio técnico* de la cobertura en razón a los criterios mencionados y los componentes que se encuentran en juego como la sostenibilidad del sistema articulado bajo un esquema de prestación que comprende la participación de los particulares y la solidaridad en su financiación. La labor legislativa no puede ser ajena ni reticente al modelo de seguridad social, debe preservar la coherencia del sistema y fundar respeto por las instituciones que han sido creadas precisamente para hacer efectiva la prestación del servicio de la seguridad social.

² Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

³ Sentencia C- 126 de 2000.

⁴ Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social, se crea una Comisión Asesora y se dictan otras disposiciones.

⁵ At. 155 Ley 100 de 1993.

⁶ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁷ Artículos 162 y 182 de la Ley 100 de 1993.

⁸ Artículo 7° Ley 1122 de 2007.

En Sentencia C-979 de 2010 la Corte Constitucional se refirió al Plan de Beneficios así: “...*el Plan Obligatorio de Salud (POS), es el conjunto de servicios de atención en salud y prestaciones económicas a que tiene derecho todo afiliado al régimen contributivo o subsidiado, en caso de necesitarlo. El paquete de servicios incluidos en el POS se establece en función del perfil epidemiológico de la población relevante y de los costos de prestación de los servicios identificados en condiciones de calidad, tecnología y hotelería, el cual se activa de acuerdo con la demanda de cada afiliado, aspecto que se conoce como “subsidio a la demanda”* ... “En la misma sentencia, refiere a la UPC en los siguientes términos: “...*La UPC fue diseñada como: i) una unidad destinada a preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, indispensable para asegurar la prestación eficiente del Plan Obligatorio de Salud (POS); ii) que funciona dentro de un esquema que asegura la prestación de los servicios a partir de la demanda del afiliado, contrario a un sistema de oferta de servicios, y iii) que es administrada por una empresa aseguradora reconocida por el Sistema por expresa disposición legal –artículo 14 de la Ley 1122 de 2007– ...*”. (Negrilla fuera de texto).

Las definiciones de ambos conceptos –POS y UPC– se interrelacionan de tal manera que por esencia son inescindibles. Esta naturaleza participa en una cuota muy importante de la especialidad y los factores que deben anteceder a cualquier inclusión del Plan de Beneficios como garantía del servicio de salud y de su prestación con cargo a los recursos públicos.

Por su parte, la Ley 1751 de 2015⁹ regula el derecho fundamental a la salud. En esta se establece expresamente que el SGSSS garantizará ese derecho a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud que incluye la promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta por criterios: (i) Que tenga como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; (ii) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; (iii) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; (iv) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; (v) Que se encuentren en fase de experimentación; y (vi) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán expresamente excluidos por el MSPS, previo a un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente, que será adelantado en un plazo máxi-

mo de dos (2) años, contados a partir de la expedición de esta ley.

Dicho esto, es importante tener presente que la Ley 1751 de 2015 es estatutaria y en ese sentido goza de una mayor jerarquía que las leyes ordinarias, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁰.

La voluntad del legislador estatutario frente a la protección del servicio de salud fue la de adoptar un modelo de servicios y tecnologías excluidos, de manera que se financia con cargo a los recursos públicos lo que no esté excluido. Este modelo junto con el procedimiento de exclusión y la competencia de dicho proceder por parte del MSPS fue declarado exequible y considerado expresamente materia “estatutaria” por la Corte Constitucional.

Así las cosas, no podría el legislador ordinario ahora incluir un servicio o tecnología, pues atentaría contra el alcance de esa disposición y devendría en inconstitucional, ya que la aprobación de una ley ordinaria que ordenara la inclusión de determinados servicios o tecnologías en el Plan de Beneficios, traería por efecto que el MSPS no podría con posterioridad excluir esa tecnología o servicio con base en esos criterios, haciendo inocho el objetivo trazado de atención integral de la salud mediante el mecanismo de exclusión previsto en la Ley Estatutaria de Salud. Además, ese proceder es contrario al ordenamiento jurídico superior, pues no responde a criterios técnicos ni consulta los factores que rigen la definición de la UPC, quiebra los principios que cimientan el SGSSS y pone en riesgo su sostenibilidad financiera y la viabilidad en perjuicio de la garantía del derecho fundamental de salud. Esto sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013¹¹ que establece expresamente la exclusión del POS los tratamientos para la infertilidad.

De otra parte, como bien trae a colación la exposición de motivos del proyecto, en Sentencia T-528 de 2014 la Corte Constitucional expresa que “...*en los casos expuestos con anterioridad, la Corporación ha partido del supuesto de que la infertilidad no se considera una enfermedad de aquellas que involucran gravemente los derechos a la vida y a la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de la salud. Es decir, tal afección, si bien puede impactar negativamente el proyecto de vida de las personas, no compromete de una manera inmediata y urgente la vida en sí misma...*”. En este sentido, bien vale la pena decir

¹⁰ Sentencia C-313 de 2014 M. P., Gabriel Eduardo Mendoza Martelo “...*Las Leyes Estatutarias constituyen un tipo de leyes de especial jerarquía, que tienen como fin esencial salvaguardar la entidad de las materias que regula, que son: los derechos y deberes fundamentales (...)* materias estas que comportan una importancia cardinal para el desarrollo de los artículos 1° y 2° de la Carta, pues su regulación especial garantiza la vigencia de principios básicos constitucionales y propende por la consecución de los fines esenciales del Estado...”.

¹¹ Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).

⁹ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

que esta condición particular de la infertilidad debe igualmente verse a la luz de las condiciones teóricas para la fundamentalidad del derecho a la salud planteadas por la Corte Constitucional. Al respecto, la Corte en sentencia C-288 de 2012 se cuestiona sobre el asunto, para lo cual recuerda lo expuesto en Sentencia T-016 de 2007, así:

“... Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra –muy distinta– la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad. (...)

12. Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud, (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional¹² y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

(...)

De cualquier manera, también en estos casos, los jueces deberán constatar en concreto la índole de la prestación reclamada y habrán de analizar con detalle la situación en que se exige su cumplimiento pues, como lo ha indicado la Sala, se trata

¹² En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad –niños, niñas– o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión –personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver Sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

de obligaciones cuya realización implica fuertes erogaciones económicas y en países con recursos escasos no puede perderse de vista la necesidad de fijar prioridades. De ahí que el vínculo entre la no prestación del servicio exigido y la afectación de la dignidad de la persona así como la falta de capacidad de pago constituyan criterios determinantes para que proceda la protección del derecho fundamental a la salud por vía de tutela cuando se trata de prestaciones no contempladas en los planes legales y reglamentarios de salud...”¹³. (Subrayas fuera del texto).

Conforme a lo anterior, es importante analizar los ámbitos que acompañan la cobertura de un determinado servicio o tecnología con recursos públicos. Partiendo de la base que en un país como el nuestro caracterizado por la escasez de recursos, es importante ponderar los costos de determinadas prestaciones de la salud conforme a la dignidad humana pero también frente a su inmediatez y su requerimiento con necesidad. La propuesta de ley tiene en cuenta los criterios para el acceso a los tratamientos de infertilidad la capacidad de pago, no obstante, no puede soslayarse la prioridad que se requiere en el acceso en la atención de la salud y sus efectos sobre el derecho a la vida y la integridad personal.

El equilibrio financiero no es un asunto menor ni es un elemento ajeno al ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social. De hecho ningún proyecto de ley debe obviar esta consideración, pues de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 819 de 2003¹⁴ toda iniciativa de ley debe prever la fuente de financiación o sustituta de las medidas que se pretendan incorporar que generen gasto, además de ser compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, lo que en el presente proyecto se omite.

Respecto del impacto financiero, se debe tener en cuenta que los tratamientos para la infertilidad hacen parte del listado de exclusiones específicas de cobertura que no son objeto de financiación en el Plan de Beneficios, de manera que su inclusión en el SGSSS incidiría directamente en el valor de la UPC que se reconoce en cada régimen. Sin embargo, en este momento no es posible cuantificar su impacto, como quiera que el costo de cada tratamiento es particular en cada caso y dichos tratamientos pueden requerir de uno o varios ciclos de intentos hasta conseguir la fertilización.

En esta materia, se debe tener en cuenta que en la Sentencia T-226 de 2010 se hace referencia al costo promedio de la fecundación in vitro de **\$17.900.000**, aproximadamente **\$23.500.000** a precios de 2017, lo cual, retomando los datos encontrados por la encuesta de Demografía y Salud de 2015 en cabeza de Profamilia y el Ministerio de Salud y Proyección Social, nos arroja el siguiente resultado:

¹³ Sentencia C-288 de 2012.

¹⁴ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

Concepto	Valores
Total mujeres colombianas entre 18 y 49 años, estimadas por DANE para 2017	11.535.621
Porcentaje de las mujeres de 13 a 49 años que desean uno o más hijas o hijos y han tenido problemas de fertilidad	10.20%
Porcentaje estimado de mujeres que podrían consultar un especialista, dado que no lo hacen por alto costo	17.2%
Porcentaje de mujeres que reporta no recibir tratamiento debido al alto costo	24.2%
Número estimado de mujeres que han tenido problemas de fertilidad, son mayores de edad, desean tener uno o más hijos y podrían asumir el costo, dada la entrada al PB tratamientos de fertilidad.	48.976
Coste estimado de Fertilización In Vitro (pesos)	\$23.500.000
Costo total (pesos)	\$1.150.940.376.344

Es importante resaltar que estos cálculos sólo reflejan el costo de uno de los tratamientos en el mercado y que según la experiencia puede ser de los menos costosos. El cálculo se realiza sobre la totalidad de las mujeres que reportan tener problemas de infertilidad, sin embargo, este tratamiento no es aplicable en todos los casos, pues existen casos en los cuales el tratamiento aplicable puede ser mucho más costoso. De la misma forma, se debe considerar que el cálculo está hecho teniendo en cuenta un solo momento del tiempo, de manera que no considera la tasa de crecimiento de casos de infertilidad. Asimismo, se reitera que este tratamiento no es aplicable en todos los casos y puede variar su costo.

Como referencia, Mandrick *et al* (2015)¹⁵, publicaron en la revista *ClinicoEconomics* el resultado de un estudio en países con PIB per cápita similares al de Colombia, en los cuales el costo de seguridad social necesario para lograr un nacimiento adicional desde el punto de vista gubernamental varía entre USD\$2,599 en Ucrania (aproximadamente \$9.200.000 pesos) a USD\$5,509 en Bielorrusia (\$16.800.000 pesos). De la misma forma, se debe considerar que el cálculo está hecho teniendo en cuenta un solo momento del tiempo, de manera que no se considera la tasa de crecimiento en casos de infertilidad. De otra parte, el trabajo desarrollado por Griffiths *et al* (2010)¹⁶ publicado en la revista especializada de Oxford Human Reproduction, demostró que los costos para la sanidad pública de los tratamientos de fertilización asistida se multiplican a medida que aumenta la edad de las pacientes. Este estudio permitió establecer que cada tratamiento de infertilidad le costó a la sanidad pública australiana alrededor de AU\$32.000 dólares australianos (unos \$69.215.000 pesos), en mujeres entre 30 y 33 años y ascendió a AU\$187.500 dólares australianos (apro-

ximadamente \$405.766.500 pesos) en mujeres entre 42 y 45 años.

No obstante, en la actualidad el Ministerio de Protección Social y el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS), adelantan un estudio para estimar el impacto fiscal de las técnicas de reproducción asistida de inseminación artificial homóloga y heteróloga y, fecundación in vitro/micro-inyección intracitoplasmática espermática para población infértil en Colombia. Estudio que una vez publicado, permitirá complementar los cálculos previos.

Al margen de lo anterior, vale la pena tener en cuenta que mediante Sentencia T-528 de 2014 la honorable Corte Constitucional resolvió:

“Exhortar al Gobierno nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas.

En este sentido, el MSPS a través del boletín de prensa 323 de 2014¹⁷ manifestó que adelantaría las discusiones respectivas, pero aclaró que por el momento la Corte no ha ordenado la inclusión en el POS de la fertilización in vitro. Igualmente, dicho Ministerio mediante los comentarios al **Proyecto de ley número 109 de 2013 Cámara**, que trataba sobre el mismo aspecto, expuso que:

“...la infertilidad ya está catalogada como enfermedad (...) dentro de POS se encuentran incluidas tecnologías en salud (actividades, procedimientos, medicamentos, dispositivos, servicios, etc.), para el diagnóstico, de todas las enfermedades incluyendo la infertilidad.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta tanto las normas de sostenibilidad fiscal como el Marco de Gasto de Mediano Plazo y el Presupuesto General de la Nación; así como los requisitos normativos de costo/efectividad, efectividad, eficacia y seguridad, junto con los establecidos por la Ley 100 de 1993, 1438 de 2011 y la Sentencia T-760 de 2008, entre otras, sobre necesidades en salud, carga de enfermedad, perfil epidemiológico.

A todo esto, cabe agregar que en el marco de la sostenibilidad financiera del SGSSS no existe la capacidad para realizar el reconocimiento y pago de forma directa de los costos que se deriven de esta incidencia y, por ello, se enfatiza que estos deben ser regulados, autorizados y cubiertos dentro del plan obligatorio de beneficios con el análisis previo de suficiencia de la UPC correspondiente...”¹⁸.

¹⁵ Mandrik, O., Knies, S., & Severens, J. L. (2015). Economic value of in vitro fertilization in Ukraine, Belarus, and Kazakhstan. *ClinicoEconomics and outcomes research: CEOR*, 7, 347.

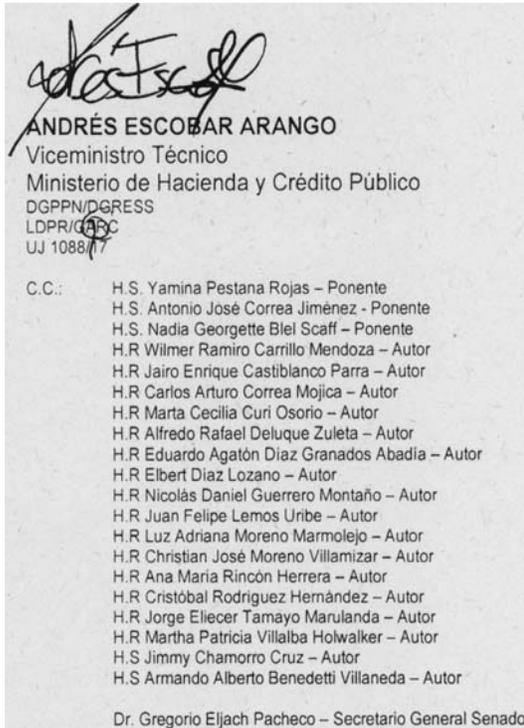
¹⁶ Griffiths A, Dyer SM, Lord SJ, Pardy C, Fraser IS, Eckermann S. (2010) A cost effectiveness analysis of in vitro fertilization by maternal age number of treatment attempts. *Oxford Journals. Human Reproduction*. 2010; 25:924-931. Disponible en la URL: <http://humrep.oxfordjournals.org/contenU25/4/924.short>

¹⁷ <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/MinSalud-lidera-discusion-sobre-metodos-de-fertilizacion.aspx>.

¹⁸ *Gaceta del Congreso* número 233 de 2014.

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

Cordialmente,



* * *

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD Y DE PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 58 DE 2016 SENADO

por la cual se prohíbe la producción, comercialización, exportación, importación y distribución de los productos y materias primas que puedan ser nocivas a la salud individual y colectiva.

Bogotá, D. C.

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

Carrera 7ª N° 8-68

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el **Proyecto de ley número 058 de 2016 Senado**, por la cual se prohíbe la producción, comercialización, exportación, importación y distribución de los productos y materias primas que puedan ser nocivas a la salud individual y colectiva.

Señor Secretario,

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir debate en la Plena-

ria de esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 873 de 2016.

Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, sin perjuicio de los comentarios que estimen pertinentes realizar otras autoridades para las cuales este tema resulte sensible, formula las siguientes observaciones¹:

1. CONTENIDO

El texto propuesto se puede resumir conforme al orden que a continuación se describe:

1.1. Su objeto (artículo 1°) consiste en “[...] *dar lineamientos para la coordinación conjunta, armónica y sistemática de los órganos del Estado y la sociedad que permita el inicio, desarrollo y aplicación de políticas públicas de prevención y promoción de la salud pública colectiva, protección al medio ambiente y condiciones de seguridad en el trabajo [...]*” con relación a los productos y materias primas que puedan ser nocivos a la salud individual o colectiva.

1.2. En su artículo 2°, relativo a la investigación científica, se establece que el Ministerio de Salud y Protección Social, con el apoyo de las instituciones científicas públicas y privadas, priorizará los esfuerzos para el permanente estudio y monitoreo sobre los productos o materias primas que representen nocividad a la salud pública e individual. De igual manera, en el artículo 3° se indica que esta Cartera informará al Congreso de la República el avance de las investigaciones y estudios al comienzo de cada legislatura.

1.3. En lo concerniente a las “*regulaciones y prohibiciones*” (artículo 4°) y a “*la responsabilidad de adoptar las decisiones e implementarlas con criterio de equidad*” (artículo 5°), se estipula que el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, adoptará las decisiones tendientes a regular, limitar, restringir y/o prohibir el uso, comercialización y/o toda forma de distribución de sustancias o materias primas que se estime puedan afectar la salud pública colectiva.

Así mismo, refiere que, ante una prohibición, el Gobierno nacional fijará planes y acciones coordinadas para atender expresamente los efectos económicos y sociales, entre ellos brindar las garantías de indemnización, readaptación y orientación de reubicación de trabajadores y sustitución de empresa o industria y medidas sociales y económicas de compensación a los territorios, empresarios y trabajado-

¹ Sobre un proyecto similar, a saber, el **Proyecto de ley número 085 de 2016 Cámara**, por medio de la cual se adoptan directrices para el análisis y regulación de sustancias peligrosas y se dictan otras disposiciones, (Rad. número 201711400265101), esta Cartera ya se pronunció reiterando la posición que ha sostenido en cuanto al manejo especial y escalonado que se le debe dar a este tipo de temáticas. En consecuencia, con el presente concepto el **Proyecto de ley número 058 de 2016 Senado**, tampoco se afecta el enfoque en los términos ya expresados.

res, así como brindar atención asistencial en salud, psicosocial y económica a personas afectadas por la influencia o contacto de la sustancia o materia prima objeto de prohibición.

Se da un plazo de seis meses para que el Gobierno adelante actividades que le permitan cumplir, entre otras, su labor de vigilancia, control, monitoreo e informe, al tiempo que se precisa que la interpretación de la ley se realizará teniendo en cuenta las normas “[...] que acogen los tratados internacionales sobre derechos humanos, seguridad en el trabajo, autodeterminación de los pueblos y protección al medio ambiente, que ha suscrito Colombia [...]” (artículo 6°).

A todo esto, es oportuno expresar que en la exposición de motivos de la iniciativa se alude que resulta importante adoptar una norma:

[...] que imponga los deberes permanentes de monitoreo, control, vigilancia e Inspección del Estado sobre las actividades que tengan relevancia en la salud pública colectiva (individual y conjunta) de la sociedad colombiana, en todos los ámbitos, esto es, en actividades de explotación, transformación, industrialización, comercialización y cualquier otra representación de sustancias que sean utilizadas como materia prima o sean secundarios para la elaboración o transformación y cuyo contacto directo como productor o consumidor sea un residente en el territorio colombiano [...]².

2. CONSIDERACIONES

2.1. Necesidad de la norma.

Este despacho ha insistido en que las normas no deben ser repetidas sino cumplidas. La redundancia produce un efecto nocivo en el ordenamiento jurídico, genera un desgaste en la materia que se regula y causa problemas de eficacia. Naturalmente, debe tenerse presente que el Congreso de la República tiene como función nodal la expedición de leyes, lo cual da sentido y refuerza la indivisión del poder expresada en la capacidad de ese órgano de “dictar el derecho” frente a la ejecución del mismo. No obstante, en esta función subyace una facultad del mismo órgano de darle sentido claro y diáfano en la labor de crear derecho, un tópico que tiene que ver con la racionalidad de la regulación. Por ello es relevante establecer qué normas existen y cómo impacta la regulación proyectada³.

En estas condiciones, se insiste que la función del legislador 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 expuso el profesor Hans Kelsen, es una “ciencia” del deber ser y no del ser.

[...] De igual modo que una ley natural, el enunciado jurídico enlaza también dos elementos. Pero la relación que recibe expresión en el enunciado jurídico tiene un significado enteramente diferente del que refiere la ley natural, el causal. Parece evidente que el delito no está enlazado con la pena; el ilícito civil con la ejecución forzosa de bienes, la enfermedad contagiosa con la internación del enfermo, como una causa con su efecto. El enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho *A*, entonces aparece el hecho *B*, sino que si se produce el hecho *A*, entonces aparece el hecho *B*, sino que si se produce el hecho *A*, el hecho *B* es debido, aunque quizás *B* no se produzca en la realidad [...]⁴.

Este planteamiento guarda plena consistencia con nuestro ordenamiento jurídico concebido a partir de 1991. En efecto, si bien los principios constitucionales tienen un carácter imperativo, ello no significa que tengan la racionalidad propia de un nexo causal, propio de las denominadas ciencias naturales:

[...] a-. Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico³ pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2° de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradian todo el tramado institucional.

Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias

² Congreso de la República. *Gaceta del Congreso* número 549 de 2016.

³ Un buen análisis al respecto es el que se realiza para la expedición de decretos y que inicialmente estaba contenido en el Decreto 1345 de 2010, “por el cual se establecen directrices de técnica normativa”, incorporado en el título 2 de la parte 1 del libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República, modificado a su vez por el Decreto 1609 de 2015, “por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa de que trata el título 2 de la parte 1 del libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República.

⁴ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México 1982, UNAM, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1039>, pág. 91. Véase, igualmente, Juan Manuel Terán, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México D.F., 1983, págs. 60 a 63, para quien existen dos planos en el deber ser y el ser del derecho.

⁵ R. Dworkin, *Questioni di principio*; II Saggiatore, Milano 1985, p. 5 y ss.

fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes [...].

b-. Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de Interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1°); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2°). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera di-

recta e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta⁵, es decir, solo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto⁶.

De esta forma, el incumplimiento de una norma no supone que deba expedirse otra disposición para lograr que la misma se acate. La inexistencia de un diagnóstico conduciría a concluir que la redundancia de normas 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 ejecución⁷. Esa distancia –que siempre existirá en mayor o menor medida– entre la norma y su cumplimiento permite recordar ese aforismo, que además era un contrasentido, y que recorrió las colonias hispánicas según el cual la ley “*se obedece pero no se cumple*”, a la espera de una decisión ulterior que permitiera su aplicación⁸ y así sucesivamente.

Teniendo en cuenta lo anterior y como se ha indicado en otras ocasiones, la propuesta que ahora se revisa debe analizarse a la luz del test de necesidad de la norma. En efecto, una norma es requerida cuando:

i. Hay un vacío normativo (por lo menos en teoría), traducido en ambigüedad (múltiples interpretaciones) o vaguedad (imprecisión) de las normas susceptibles de ser aplicadas al caso que se pretende regular. Generalmente, ello ha ocurrido en temas como las nuevas tecnologías, sin perjuicio de que existan normas aplicables a casos similares. Actualmente, hay sendos debates en materia de células madre, alquiler de vientres, *Inter alia*.

ii. Se deben corregir o puntualizar las regulaciones, como parte de su adaptación a las nuevas situaciones. Esta hipótesis es, si se quiere, una derivación de la primera pero sobre la base de una normatividad específica al caso controvertido. Las correcciones pueden ser de diferente índole según el diagnóstico que se realice, esto conlleva a que se produzcan reformas integrales o parciales de una materia. A la

⁵ Hans Peter Schneider, *Democracia y Constitución*, C.E.C, Madrid, 1991, p. 48.

⁶ **Corte Constitucional**, Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

⁷ 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, Oscar Reyes M., ediciones Desde Abajo, Bogotá, D. C., marzo de 2003, pág. 216.

⁸ *Cfr.* LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA, Consolidación institucional de libertades individuales y derechos sociales, Jorge Orlando Meló González. En *Revista Credencial Historia*. (Bogotá - Colombia). Edición 156, diciembre de 2002.

postre, debe haber una fundamentación que haga laudable la estructura del siguiente silogismo:

- Existe un hecho **X** no contemplado en la norma o regulado de un modo que ya no se considera conveniente.

- El hecho **X** es relevante y debe ser regulado o su regulación modificada.

- La regulación **Y** da solución al hecho **X**, en una relación de estrecha conexidad.

iii. Subyace una necesidad de concreción o diferenciación en la regulación de un tema que, por su amplitud, no permite comprender la temática específica o, en su defecto, en el evento de abarcarlo no produce las consecuencias asociadas a esa regulación, dado que operan diferentes principios.

iv. Es indispensable expedir una norma que interprete y de alcance a otra que, por su ambigüedad o vaguedad generan dificultad interpretativa.

v. En ámbitos como el penal y en salvaguarda del principio de tipicidad, se exige que la regulación sea lo más exacta posible pues, como es bien sabido, no es dable que el intérprete aplique la analogía.

vi. Uno de los casos que debe examinarse dentro de las hipótesis planteadas, tiene que ver con la eventual relevancia de consagrar legalmente lo que ya viene establecido a nivel reglamentario, vale decir, la necesidad de que el legislador “*retome*” una competencia que, en principio ha deferido en el ejecutivo. Este tema determina una consideración en relación con la conveniencia y validez de la fijación de una regla de esa naturaleza.

vii. Estos aspectos pueden conducir a otra faceta, como lo es la del retiro total de la regulación por ausencia de necesidad en la misma.

Si bien no se agotan las posibilidades de adecuación normativa en general, debe estar claro que en la legislación existe un proceso de agregación de normas frente a los hechos regulados y no una reiteración de estas. Por otro lado, el peligro de la reiteración normativa, además de la falta de economía, está en el debilitamiento de los alcances y ejecución de la ley y en una ulterior dificultad interpretativa.

En todo caso, el ejercicio de reescritura resulta un magro esfuerzo en procura de dar respuesta a los problemas que se pretenden solucionar, muchos de ellos reservados al ámbito de ejecución y cumplimiento de las normas en una determinada materia, sin pasar por alto el cúmulo de decisiones judiciales que, a diario, lo ponen de relieve.

De esta manera, se procederá a analizar esta temática frente a la iniciativa *sub examine* dentro del marco de competencia del sector salud.

2.2. Análisis concreto de la necesidad de la disposición proyectada

En un primer momento, debe manifestarse que el objeto del proyecto consiste en “[...] *dar lineamientos para la coordinación conjunta, armónica y sistemática de los órganos del Estado y la sociedad que permita el inicio, desarrollo y aplicación de políticas públicas de prevención y promoción*

de la salud pública colectiva, protección al medio ambiente y condiciones de seguridad en el trabajo [...]”, aspectos que recaen sobre temáticas ya reguladas por el Legislador. En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con un gran número de leyes tendientes a *la prevención y promoción de la salud pública colectiva, la protección al ambiente y las condiciones de seguridad del trabajo*, entre las cuales se encuentran, a manera de ejemplo: la Ley 9ª de 1979 sobre medidas sanitarias, la Ley 99 de 1993, en materia ambiental y la Ley 1562 de 2012, relativa a la seguridad y salud en el trabajo.

En segundo lugar, se considera de gran importancia recordar que el Ministerio de Salud y Protección Social posee la competencia para prohibir el uso o fijar medidas respecto de sustancias o productos químicos que se cataloguen peligrosos para la Salud Pública, según lo determina el artículo 131 de la Ley 9ª de 1979.

Desde luego, las funciones que pretende otorgar la iniciativa para “[...] *regular, limitar, restringir y/o prohibir el uso, comercialización y/o toda forma de distribución de una sustancia o materia prima cuando estime que estas representan nocividad para la salud pública colectiva [...]”*, en el sentido de la propuesta realizada, ya se encuentran previstas a nivel nacional en los artículos 130 y 131 de la Ley 9ª de 1979, unido con la protección a la salud por posibles efectos asociados al uso de las sustancias químicas, a saber:

[...] De las sustancias peligrosas – plaguicidas – artículos pirotécnicos. Sustancias peligrosas.

Artículo 130. En la importación, fabricación, almacenamiento, transporte, comercio, manejo o disposición de sustancias peligrosas deberán tomarse todas las medidas y precauciones necesarias para prevenir daños a la salud humana, animal o al ambiente, de acuerdo con la reglamentación del Ministerio de Salud.

Artículo 131. El Ministerio de Salud podrá prohibir el uso o establecer restricciones para la importación, fabricación, transporte, almacenamiento, comercio y empleo de una sustancia o producto cuando se considere altamente peligroso por razones de salud pública.

Igualmente, el artículo 135 de la citada Ley 9ª de 1979 prevé:

Artículo 135. El Ministerio de Salud deberá efectuar, promover y coordinar las acciones educativas, de investigación y de control que sean necesarias para una adecuada protección de la salud individual y colectiva contra los efectos de sustancias peligrosas.

Así las cosas, el Ministerio de Salud y Protección Social, en su función de dirigir y orientar cuenta con el sistema de vigilancia en salud pública, incluidos los programas de vigilancia y monitoreo de enfermedades de origen laboral según los reportes de las Aseguradoras de Riesgos Laborales. Es más, en coordinación con el Instituto Nacional de Salud (INS), inició desde el año 2003 la vigilancia de las intoxicaciones por sustancias químicas y cáncer en

menores de 18 años, con el objetivo de orientar las medidas de prevención y control, según las competencias establecidas en el artículo 43 numeral 43.3.7 de la Ley 715 de 2001. Adicionalmente, se cuenta con el seguimiento epidemiológico a dichas intoxicaciones a través del Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública – Sivigila, administrado por el Instituto Nacional de Salud (INS), y alimentado por la notificación que se efectúa por parte de las Direcciones Territoriales de Salud y las unidades de atención primaria.

De igual manera, se destaca, por ejemplo, en el Plan Decenal de Salud Pública 2012- 2021⁹, adoptado mediante la Resolución 1841 de 2013, la referencia a la dimensión ambiental que incorpora dos componentes sustanciales, un hábitat saludable y las situaciones en salud asociadas con condiciones ambientales. Es así como dentro de los objetivos están los de:

e. Intervenir los determinantes sanitarios y ambientales de la salud relacionados con las sustancias y productos químicos, residuos peligrosos, nanotecnologías y dispositivos médicos de uso estético y cosmético.

f. Promover la responsabilidad social empresarial en la adopción de sistemas de producción limpia, promoción de la salud de los trabajadores, promoción de entornos de trabajo saludables y prevención de riesgos de trabajo.

Desde esta perspectiva, como ya se expresó, se estima por esta Cartera que la iniciativa recae sobre materias ya reguladas y otorga competencias existentes. El proyecto legislativo encontraría asidero en caso de consagrar elementos ausentes en el ordenamiento jurídico, como lo son: un sistema de gestión de las sustancias químicas, que incluya sistemas de información del uso de estas, elementos de comunicación del riesgo, mecanismo de evaluación con base en la información provista por los fabricantes, entre otros, lo cual requeriría a su vez una estructura funcional de las competencias del Estado en el ejercicio de vigilar y controlar los riesgos asociados al uso de las sustancias.

Sin perjuicio de lo anterior, tal y como se ha indicado sobre otras iniciativas que entrañan regulación sanitaria, resulta del caso detenerse en la necesidad de la norma a la luz de lo que ya ha previsto la Ley 9ª de 1979 y la normatividad que le ha dado desarrollo. En efecto, esta recoge una gama completa de riesgos en salud pública que, no obstante los 38 años que han pasado desde su expedición, mantiene gran vigencia.

En este sentido, la pregunta que debe realizar quien acomete la misión de crear derecho es si con lo previsto en la Ley 9ª resulta suficiente para el tema en concreto o si se requiere una normatividad específica como la que se propone con el fin de permitir el inicio, adelanto y aplicación de políticas públicas de prevención y promoción de la salud pú-

blica, protección al medio ambiente y condiciones de seguridad en el trabajo, en relación a productos y materias primas que puedan ser nocivos a la salud individual o colectiva.

No obstante, en lo que tiene que ver con la normatividad existente en el ámbito de la salud, en el siguiente acápite se realiza el análisis respectivo.

2.3. *Comentarios específicos al articulado.*

Sin detrimento de lo que se viene tratando, en cuanto al contenido de la propuesta se tiene:

i. En lo atinente al objeto (artículo 1º), es oportuno resaltar que el mismo difiere del título de proyecto de ley, por tanto, se hace necesario recordar e insistir en el *principio de correspondencia*. Para la Corte Constitucional:

[...] 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 [...] ¹⁰.

De ahí que, el máximo tribunal constitucional resalte la relevancia de una adecuada titulación de las leyes y su texto, dado que si se cumple su reciprocidad se evitan imprecisiones e ineficacias, al tiempo que se mantienen importantes funciones, de las cuales es pertinente evocar:

[...] (i) la conservación de la seguridad jurídica, (ii) la sistematización del ordenamiento jurídico y (iii) la publicidad de la ley. Adicionalmente [...] dicha nominación (iv) ejerce una honda influencia en la interpretación del contenido de la ley; y, para terminar, (v) sirve como **uno de los diferentes criterios** para establecer el eventual incumplimiento del principio de unidad de materia ¹¹ [...] Entre el título y el contenido de la ley debe existir, necesariamente, una relación de conexidad, como consecuencia del principio de unidad de materia (C.P., artículo 158) y el principio de correspondencia entre el título de la ley y su contenido (C.P., artículo 169) [...] ¹².

ii. Frente al artículo 2º, en relación con “[...] *el permanente estudio y monitoreo sobre los productos o materias primas que representen nocividad a la salud pública e individual [...]*”, requiere contar, sobre el particular, con la capacidad investigativa, técnica y financiera para realizar la evaluación en cumplimiento del requisito, es por esto que las naciones se adjuntan a lineamientos internacionales en el manejo de químicos como son el Enfoque Estratégico para la Gestión de Productos Químicos a Nivel Internacional (SAICM), en el marco del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), que indica como meta el “*lograr para el 2020, el uso y la producción de químicos*

¹⁰ **Corte Constitucional**, Sentencia C-821 de 4 de octubre de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹¹ **Corte Constitucional**, Sentencia C-908 de 31 de octubre de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹² **Corte Constitucional**, Sentencia C-821 de 4 de octubre de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁹ Ministerio de Salud y Protección Social, *Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021*, Bogotá, D. C., Imprenta Nacional 2013.

en formas que lleven a la minimización de efectos adversos significativos en la salud humana y el ambiente”. Una de las áreas de trabajo primordiales del SAICM es la “formulación de medidas de prevención y respuesta para mitigar los Impactos ambientales y de la salud de emergencias que involucran los productos químicos”. En la tercera Conferencia llevada a cabo en Johannesburgo en el año 2002, se afianzaron los lineamientos del SAICM y se estableció lo que se conoce como el Plan de Acción de Johannesburgo, que insta a los países a que en 2020 “los productos químicos se produzcan y utilicen de modo que no causen efectos nocivos para la salud humana y el medio ambiente”.

En la cuarta reunión de la ICCM, realizada en Suiza en 2015, se reconoció la relevancia de definir marcos legales que aborden el ciclo de vida de los productos químicos y residuos, así como mecanismos de aplicación y cumplimiento pertinentes, aplicar los acuerdos ambientales multilaterales asociados con los productos químicos y los residuos, establecer marcos institucionales y mecanismos de coordinación entre las partes interesadas e implementar sistemas para la recolección e intercambio transparente de datos e información relevante como el Sistema Globalmente Armonizado de Clasificación y Etiquetado de Productos Químicos – SGA, evaluar los riesgos químicos y su reducción mediante el uso de mejores prácticas, reforzar la capacidad para hacer frente a los accidentes químicos; y monitorear y evaluar los impactos de los productos químicos sobre la salud y el ambiente, entre otros.

Es en este marco que el Gobierno nacional ha avanzado en la implementación de los diferentes convenios ratificados por Colombia, de los cuales vale la pena enunciar: el Convenio de Rotterdam, Estocolmo o Basilea, todos ellos con grandes puntos de enfoque en la prevención de las consecuencias nocivas en salud. Esto, mediante la adopción de medidas para la gestión efectiva de los químicos que, en un punto final, pueden ser prohibitivas o restrictivas, con base en esquemas de evaluación que no solo contemplan la realización de estudios por parte del Estado, sino también de elementos de evaluación del riesgo dado por los usuarios directamente y de la efectiva implementación del SGA en la comunicación del riesgo.

Corolario de lo anterior se considera que el proyecto de ley no solventa la necesidad existente para la gestión de sustancias químicas, cuya atención demanda elementos de un esquema que abarque todo el ciclo de vida de la sustancia y contemple los aspectos de salud, ambiente, económicos, de información y gestión del riesgo. A pesar de lo anterior, ha radicado en el Estado la responsabilidad de evaluar los riesgos generados por las sustancias químicas, cuando los enfoques internacionales se han dirigido a que sean los conocedores de las moléculas y sus peligros, como lo son los fabricantes e importadores, y no el Estado, quienes determinen las medidas de manejo del riesgo a las que deben someterse para reducir los efectos a la salud y al ambiente, bajo la vigilancia de los entes competentes del Gobierno.

iii. Respecto al artículo 4°, sobre el que el “[...] Ministerio de Salud y Protección Social adoptará las decisiones tendientes a regular, limitar, restringir y/o prohibir el uso, comercialización y/o toda forma de distribución de una sustancia o materia prima cuando estime que estas representan nocividad para la salud pública colectiva [...]” debe considerarse lo contemplado en la Ley 9ª de 1979 como se ha reseñado.

iv. En lo que tiene que ver con el artículo 5°, en caso de prohibir una sustancia o materia prima, especialmente los numerales d) y e) indican que corresponde al Gobierno nacional.

[...] d) Brindar las garantías de indemnización, readaptación y orientación de reubicación de trabajadores y sustitución de empresa o industria.

e) Plan de reorientación económica de industria o actividad empresarial de las personas que hayan ejercido válidamente la actividad restringida o prohibida [...]

Así mismo, es de resaltar que ni en el articulado ni en la exposición de motivos se definen las fuentes de los recursos para atender dicha obligación, teniendo en cuenta que ello implica unos costos adicionales a cargo de la Nación, como quiera que ordena gasto público sin sujetarse a las normas de carácter orgánico que condicionan la expedición de leyes ordinarias en los términos del artículo 151 de la Constitución Política. Efectivamente, dentro de las normas orgánicas a las cuales debe sujetarse la expedición de leyes ordinarias, se encuentra el artículo 7° de la Ley 819 de 2003:

Artículo 7°. Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Como se desprende de la lectura de este precepto, las iniciativas que ordenen gasto así como aquellas que contemplen beneficios tributarios, deben cumplir tres requisitos indispensables:

a) Cuantificación de los costos fiscales, es decir, la especificidad en moneda corriente del gasto contenido en el proyecto, la cual debe efectuarse en la exposición de motivos y en las ponencias para los debates correspondientes.

b) Determinación de la fuente adicional de ingresos públicos que permita la financiación del gasto estipulado en la propuesta, la cual debe definirse en

la exposición de motivos y en las ponencias para los debates correspondientes y que además asegure la sostenibilidad financiera.

c) Concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la conformidad de los dos primeros puntos con el marco fiscal de mediano plazo, el cual podrá presentarse en cualquier momento del trámite legislativo.

Esta consideración, es de gran importancia para el correcto trámite de los proyectos de ley que ordenan gasto, en la medida que si estos no reúnen la totalidad de los anteriores requerimientos durante su curso ante el honorable Congreso de la República, es clara la oposición de estas propuestas legislativas al artículo 151 superior, disposición de la cual se deriva la jerarquía superior de las normas orgánicas (Ley 819 de 2003) frente a las normas ordinarias, de conformidad con lo manifestado por la Corte Constitucional:

(...) tiene unas características especiales, entre las que se encuentra que reglamenta plenamente materias que fueron reservadas por la Carta para ser reguladas mediante leyes orgánicas. En virtud de ello y de la importancia que la propia Carta le dio, fueron dotadas una gran estabilidad (sic), que se refleja en las exigencias para su expedición, y se les reconoce, además, una categoría de superioridad en relación con las demás leyes ordinarias. Sobre, estas características, la Corte ha expresado una amplia jurisprudencia, pudiéndose citar la contenida en la Sentencia C-579 de 2001, en la que se recogieron estos conceptos así:

(...) debe recordarse brevemente que, dada su naturaleza especial, las leyes orgánicas cuentan con ciertas características particulares; tal, y como lo estableció la Corte en la Sentencia C-337 de 1993, estas leyes gozan de una prerrogativa especial, por su posición organizadora de un sistema legal que depende de ellas. Estas leyes reglamentan plenamente una materia: son estatutos que abarcan toda la normatividad de una serie de asuntos señalados expresamente en la Carta Política (artículo 151)...las leyes orgánicas condicionan, con su normatividad, la actuación administrativa y la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan, es decir, según lo dispone la norma constitucional citada, sujetan el ejercicio de la actividad legislativa¹³.

Se insiste, entonces, que en virtud del impacto financiero que puede ocasionarse, tal decisión debe contar con la aquiescencia o, por lo menos, concepto del Ministro de Hacienda y Crédito Público, en consonancia con lo previsto en las Leyes 819 de 2003, marco fiscal, 1473 de 2011, regla fiscal, y 1695 de 2013, acerca del incidente de impacto fiscal, y, naturalmente, el Acto Legislativo número 03 de 2011 de sostenibilidad fiscal¹⁴. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha manifestado:

[...] Encuentra la Sala que a este respecto el Acto Legislativo replica otras modalidades de análisis

¹³ **Corte Constitucional**, Sentencia C-892 de 22 de octubre de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁴ Disposición declarada exequible, *cf.* Corte Constitucional, Sentencia C-288 de 18 de abril de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

fiscal de decisiones estatales, como sucede con los lineamientos que las normas orgánicas sobre marco fiscal de mediano plazo fijan al legislador, respecto de proyectos de ley con incidencia fiscal. A este respecto la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que si bien el Congreso debe contemplar la incidencia fiscal de la medida, en todo caso quien tiene la competencia general para evidenciar la incompatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo es el Gobierno. Por ende, en caso que el Ejecutivo dé concepto favorable a esas regulaciones o simplemente no cuestione las razones dadas por el Congreso sobre la materia, no es viable concluir la afectación de la regulación orgánica de índole presupuestal [...] ¹⁵.

A todo esto, cabe anotar que la propuesta no se fundamenta en base legal alguna para la indemnización de dichas empresas y trabajadores, como tampoco tiene sustento para radicar la responsabilidad de indemnización en cabeza del Estado, responsabilidad que no es viable jurídicamente, máxime cuando la norma superior, en su artículo 90, establece que el Estado responderá únicamente por los daños *antijurídicos* que le sean imputables bajo los criterios y requisitos que impone la declaración de la responsabilidad extracontractual.

Frente al derecho a la libre empresa, no hay que pasar por alto que la Constitución Política de Colombia, en su artículo 333, si bien consagra el derecho a la libre empresa, estipula que “*la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación*”, por ende, se debe recordar que ya en 1979 preexistía una norma de trascendencia.

Adicionalmente, la adopción de la medida de prohibición o restricción se considera inminente ante una situación de alta peligrosidad por razones de salud pública (Ley 9ª de 1979), de ahí que sea conducente tomar la evidencia científica según el escenario actual. En este sentido y bajo el principio de proporcionalidad en el establecimiento de límites al ejercicio de derechos, prevalece el derecho fundamental a la vida, a la salud y al ambiente sano, por encima del derecho a la libre empresa. En tales casos es deber hacer un ejercicio de ponderación de derechos constitucionales.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia. Se advierte que por las razones expuestas, resulta inconstitucional e inconveniente, toda vez que existen disposiciones que regulan la materia con altos niveles de protección y no hay claridad con relación a la salvaguarda de la salud humana.

Atentamente,


ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social

¹⁵ **Corte Constitucional**, sentencia C-288 de 18 de abril de 2012, citada.

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 129 DE 2016 SENADO

por la cual se establecen normas para la protección, prevención y control de los efectos nocivos que para la salud tiene la exposición prolongada y sin la debida protección a la radiación solar.

Bogotá, D. C.

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

Carrera 7ª No. 8-68

Ciudad.

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de ley número 129 de 2016 Senado, *por la cual se establecen normas para la protección, prevención y control de los efectos nocivos que para la salud tiene la exposición prolongada y sin la debida protección a la radiación solar.*

Señor Secretario:

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir debate en la plenaria de esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social.

Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, sin perjuicio de los comentarios que estimen pertinente realizar otras autoridades para las cuales este tema resulte sensible, formula las siguientes observaciones:

1. CONTENIDO

El texto propuesto tiene por objeto “[...] *establecer medidas de protección y prevención para reducir los efectos nocivos en la salud de la población por causa de la exposición a la radiación solar [...]*” (artículo 1°). Lo anterior sobre la base de una serie de antecedentes técnicos, a saber, los efectos negativos en la salud causados por la exposición a los rayos solares sin la protección adecuada, principalmente manifestados en enfermedades como el cáncer de piel, el envejecimiento prematuro de la piel, cataratas y otras enfermedades oculares.

Puntualmente, el artículo 2° consagra una obligación expresa para este Ministerio, consistente en elaborar “[...] *una política pública integral de protección y prevención, para reducir los efectos nocivos que, en la salud de la población, puedan causarse con la exposición a la radiación solar [...]*”. El precepto confiere un término de seis meses, contados a partir de la promulgación de la ley que se expida, para la expedición de dicha política. De otro lado, el artículo 7° alude al señalamiento de políti-

cas públicas que incluyan campañas de difusión de los niveles de radiación ultravioleta.

El artículo 3° estipula una serie de lineamientos o actividades para las entidades públicas y privadas, a nivel nacional, que involucra las personas que estén expuestas a la radiación solar por largos periodos.

En el artículo 4°, se precisan sendas obligaciones en la materia por parte de las instituciones educativas y, en el artículo 5°, se fijan las obligaciones de los empleadores.

El artículo 6° se detiene en el control y seguimientos a cargo de los Ministerios de Salud y Protección Social, Educación Nacional y Trabajo.

Finalmente, en el artículo 8° se prevé que el Gobierno nacional, a través de esta Cartera y del Invima, actualizará la reglamentación de etiquetado con el fin de garantizar la información a los ciudadanos sobre los reales niveles de protección de cada producto.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Necesidad de la norma

Aunque se comparte la preocupación que se esboza en el proyecto de ley en torno a los peligros que entraña la exposición solar, es relevante, previamente, examinar si la norma resulta necesaria para garantizar dicha protección o si ya existen disposiciones a partir de las cuales es posible lograr dicho objetivo. La premisa de este análisis reside en determinar hasta dónde el legislador debe especificar una disposición cuando, además, existe un líder sectorial que debe formular los planes de acción estatal y política, tal y como se indica, entre otros, en la Ley 1438 de 2011. Desde esta perspectiva es importante preservar un nivel de generalidad en el legislador y evitar la proliferación de la casuística dirigida a regular ciertos riesgos a la salud humana. Es más, ello conduce a una inflexibilidad en la protección, una fórmula en tal sentido implicaría, en desarrollo del principio de igualdad, regular en detalle cada riesgo y plantear una política por cada uno e incluso llegar a la paradoja borgiana de Funes, el memorioso.

Dos o tres veces había reconstruido un día entero; no había dudado nunca, pero cada reconstrucción había requerido un día entero. Me dijo: “Más recuerdos tengo yo, solo que los que habrán tenido todos los hombres desde que el mundo es mundo”.

Puede ser la paradoja del legislador si emprendiera una dinámica en tal dirección.

Naturalmente, debe tenerse presente que el Congreso de la República tiene como función nodal la expedición de leyes, lo cual da sentido y refuerza la tridivisión del poder expresada en la capacidad de ese órgano de “*dictar el derecho*” frente a la ejecución del mismo. No obstante, en esta función subyace una facultad del mismo órgano de darle sentido claro y diáfano en la labor de crear derecho, un tópico que tiene que ver con la racionalidad de la regu-

lación. Por ello, es relevante establecer qué normas existen y cómo impacta la regulación proyectada¹.

En estas condiciones, se insiste que la función del legislador no puede ser la de reiterar o regular de otra manera 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 expuso el profesor Hans Kelsen, es una “ciencia” del deber ser y no del ser.

[...] De igual modo que una ley natural, el enunciado jurídico enlaza también dos elementos. Pero la relación que recibe expresión en el enunciado jurídico tiene un significado enteramente diferente del que refiere la ley natural, el causal. Parece evidente que el delito no está enlazado con la pena; el ilícito civil con la ejecución forzosa de bienes, la enfermedad contagiosa con la internación del enfermo, como una causa con su efecto. El enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad [...].²

Este planteamiento guarda plena consistencia con nuestro ordenamiento jurídico concebido a partir de 1991. En efecto, si bien los principios constitucionales tienen un carácter imperativo, ello no significa que tengan la racionalidad propia de un nexa causal, propio de las denominadas ciencias naturales:

[...] a) Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico³³ pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso 1º del artículo 2º de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La rela-

ción entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradian todo el tramado institucional.

Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes [...].

b) Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2º). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa.

¹ Un buen análisis al respecto es el que se realiza para la expedición de decretos y que inicialmente estaba contenido en el Decreto 1345 de 2010, por el cual se establecen directrices de técnica normativa, incorporado en el título 2 de la parte 1 del libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República, modificado a su vez por el Decreto 1609 de 2015, “por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa de que trata el título 2 de la parte 1 del libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República.

² Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, México 1982, UNAM, <http://www.biblioiuridica.org/libros/libro.htm7H1039>, pág. 91. Véase, igualmente, Juan Manuel Terrán, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, D. F., 1983, págs. 60 a 63, para quien existen dos planos en el deber ser y el ser del derecho.

³ R. Dworkin, *Questioni di principio; II Saggiatore*, Milano 1985, p. 5 y ss.

En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta³, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto⁴.

De esta forma, el incumplimiento de una norma, si fuera el caso, no supone que deba expedirse otra disposición para lograr que la misma se acate. La inexistencia de un diagnóstico conduciría a concluir que la redundancia de normas 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 ejecución⁵. Esa distancia –que siempre existirá en mayor o menor medida– entre la norma y su cumplimiento permite recordar ese aforismo, que además era un contrasentido, y que recorrió las colonias hispánicas según el cual la ley “se obedece pero no se cumple”, a la espera de un decisión ulterior que permitiera su aplicación⁶ y así sucesivamente.

Teniendo en cuenta lo anterior y como se ha indicado en otras ocasiones, la propuesta que ahora se revisa debe analizarse a la luz del test de necesidad de la norma. En efecto, una norma es requerida cuando:

i. Hay un vacío normativo (por lo menos en teoría), traducido en ambigüedad (múltiples interpretaciones) o vaguedad (imprecisión) de las normas

susceptibles de ser aplicadas al caso que se pretende regular. Generalmente, ello ha ocurrido en temas como las nuevas tecnologías, sin perjuicio de que existan normas aplicables a casos similares. Actualmente, hay sendos debates en materia de células madre, alquiler de vientres, *inter alia*.

ii. Se deben corregir o puntualizar las regulaciones, como parte de su adaptación a las nuevas situaciones. Esta hipótesis es, si se quiere, una derivación de la primera pero sobre la base de una normatividad específica al caso controvertido. Las correcciones pueden ser de diferente índole según el diagnóstico que se realice, esto conlleva a que se produzcan reformas integrales o parciales de una materia. A la postre, debe haber una fundamentación que haga laudable la estructura del siguiente silogismo:

- Existe un hecho X no contemplado en la norma o regulado de un modo que ya no se considera conveniente.

- El hecho X es relevante y debe ser regulado o su regulación modificada.

- La regulación Y da solución al hecho X, en una relación de estrecha conexidad.

iii. Subyace una necesidad de concreción o diferenciación en la regulación de un tema que, por su amplitud, no permite comprender la temática específica o, en su defecto, en el evento de abarcarlo no produce las consecuencias asociadas a esa regulación, dado que operan diferentes principios.

iv. Es indispensable expedir una norma que interprete y dé alcance a otra que, por su ambigüedad o vaguedad generan dificultad interpretativa.

v. En ámbitos como el penal y en salvaguarda del principio de tipicidad, se exige que la regulación sea lo más exacta posible pues, como es bien sabido, no es dable que el intérprete aplique la analogía.

vi. Uno de los casos que debe examinarse dentro de las hipótesis planteadas, tiene que ver con la eventual relevancia de consagrar legalmente lo que ya viene establecido a nivel reglamentario, vale decir, la necesidad de que el legislador “retome” una competencia que, en principio ha deferido en el ejecutivo. Este tema determina una consideración en relación con la conveniencia y validez de la fijación de una regla de esa naturaleza.

vii. Estos aspectos pueden conducir a otra faceta, como lo es la del retiro total de la regulación por ausencia de necesidad en la misma.

Si bien no se agotan las posibilidades de adecuación normativa en general, debe estar claro que en la legislación existe un proceso de agregación de normas frente a los hechos regulados y no una reiteración de estas. Por otro lado, el peligro de la reiteración normativa, además de la falta de economía, está en el debilitamiento de los alcances y ejecución de la ley y en una ulterior dificultad interpretativa.

A este respecto, se ha manifestado:

[...] *Los estudios que se han realizado en esta materia han identificado, como los más relevantes a los siguientes: La proliferación o inflación norma-*

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

⁵ Este tema está expresado como un drama del derecho actual, que pareciera exigir de otra norma que apaleneque la anterior, aun 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, pág. 216.

⁶ *Cfr.* LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA, Consolidación institucional de libertades individuales y derechos sociales, Jorge Orlando Melo González. En: *Revista Credencial Historia*. (Bogotá-Colombia). Edición 156, diciembre de 2002.

*tiva, antinomias, redundancias, estratificaciones, abrogaciones innominadas, faltas de mínima coordinación normativa, inorgánica regulación [de] áreas del quehacer jurídico, hipostenia legislativa (un marcado déficit en los grados de eficacia de las normas, lo que trae aparejado un debilitamiento y desconfianza respecto a la legislación como marco de solución de los conflictos sociales) y ausencia de un marco ético justificatorio de su obligatoriedad. Dichos males generan graves problemas legislativos y prácticos que debilitan la autoridad de la ley, perjudicando, además, la labor de quienes son llamados a interpretar y aplicar dichas normas, como también a los ciudadanos destinatarios de las leyes [...]*⁷.

El filósofo Jeremy Bentham advertía, igualmente, que la racionalidad de la legislación no es solo la racionalidad formal o la racionalidad técnica –esto es, la racionalidad de los medios– sino también y en primer término, la racionalidad de los fines⁸.

2.2. La normatividad existente

En concreto, es importante mencionar que el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) cuenta con tres instrumentos de política en salud pública que trazan la hoja de ruta para favorecer la prevención, detección temprana y atención integral de enfermedades frecuentes y relacionadas con exposición a radiación solar ultravioleta no controlada.

- En primer lugar, esta Cartera definió el *Plan Decenal de Salud Pública (2012-2021)*, el cual fue adoptado mediante la Resolución 1841 de 2013, siendo la principal política pública de salud del país, la que ha permitido avanzar en la consecución de resultados positivos sobre las condiciones de salud, bienestar y calidad de vida de la población, incluyendo en las Dimensiones de Salud Ambiental y Vida Saludable y Condiciones No Transmisibles, objetivos, metas y estrategias para el control de los efectos nocivos en salud ocasionados por la exposición a radiación solar ultravioleta no controlada. Puntualmente, el componente “*Hábitat saludable*” de la Dimensión de Salud Ambiental, propone como meta que:

A 2021 se habrá diseñado y estará en proceso de implementación el sistema de vigilancia de cáncer de piel asociado a la exposición a radiación solar ultravioleta.

- En segundo lugar, la Resolución 1383 de 2013 adoptó el *Plan Decenal para el Control del Cáncer en Colombia 2012- 021*, el cual, con base en la evidencia científica existente, definió las bases para controlar los factores de riesgo, reducir la mortalidad evitable por cáncer y mejorar la calidad de vida de los pacientes y sobrevivientes con esta enfermedad.

En concreto, el mencionado Plan incluye en la *Línea Estratégica No. 1 de Control del Riesgo* (pre-

vención primaria) el componente *Control del riesgo frente a la exposición a radiación solar ultravioleta*, en el cual se encuentran definidas las acciones para disminuir la ocurrencia del cáncer de piel atribuido a la exposición solar, a través de intervenciones sectoriales e intersectoriales en los ámbitos político-normativo, comunitario y en los servicios de salud. En ese orden, el Plan define la meta de **implementar estrategias de intervención sectorial e intersectorial para la prevención del cáncer de piel en el 100% de los departamentos del país**, a partir del desarrollo de las siguientes acciones:

- Contar con la línea de base sobre conocimientos, actitudes y prácticas de la población colombiana en relación con la exposición a radiación solar (RUV).

- Desarrollar e implementar Guías de Atención Integral para Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de Lesiones Preneoplásicas y Neoplásicas de la Piel.

- Generar acciones educativas intersectoriales dirigidas principalmente a escolares y otras personas cuyas ocupaciones requieran una exposición prolongada a la radiación solar ultravioleta.

- Desarrollar e implementar estrategias educativas para los profesionales y funcionarios de salud, como complemento a la comunicación masiva y las intervenciones comunitarias en el fomento de las medidas de protección contra radiación solar ultravioleta.

- Introducir en la historia clínica preguntas que permitan evaluar los hábitos de prevención a la exposición de radiación solar ultravioleta.

- Sumado a lo anterior, de acuerdo con lo definido en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, y la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015, este Ministerio definió, con la Resolución 429 de 2016, la Política de Atención Integral en Salud (PAÍS). Esta política cuenta con un marco estratégico y un marco operacional que corresponde al Modelo Integral de Atención en Salud (MIAS), el cual considera entre otros elementos, la *Regulación de Rutas Integrales de Atención en Salud (RIAS)*, siendo esta la herramienta obligatoria que define a los actores del sector salud y de otros sectores, las condiciones necesarias para asegurar la integralidad en la atención para un determinado grupo de riesgo.

En tal sentido, se han priorizado las RIAS para cáncer de piel no melanoma y cataratas, entre otras, las cuales guiarán la implementación de intervenciones poblacionales, colectivas e individuales que realizan los diferentes actores dentro de sus competencias para la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de estas enfermedades.

En lo sucesivo, se puede concluir que ya existe una clara intencionalidad política por parte de este Ministerio frente al reconocimiento de la exposición a radiación solar no controlada, como un importante factor de riesgo para múltiples enfermedades como ya se ha mencionado y que, por tanto, sus acciones

⁷ Rodrigo Pineda Garfías, *Teoría de la legislación, algunos planteamientos generales*, en: https://www.camara.cl/camara/media/seminarios/academia/rodrigo_pineda.pdf (21-02-2017).

⁸ *Ibid.*

abarcan lo presentado en el artículo 2° de la iniciativa.

En lo que tiene que ver con el artículo 3° del proyecto, que estipula: “[...] *Con el fin de generar conciencia en la población y reducir los efectos nocivos ocasionados por la exposición a la radiación solar, las entidades públicas y privadas a nivel nacional, en las cuales sus trabajadores o personal vinculado tenga que permanecer expuesto a la radiación solar por largos períodos, seguirán estos lineamientos para la protección a las personas [...]*” cabe enunciar que reconociendo el riesgo incrementado de los efectos nocivos en salud de la población trabajadora expuesta a radiación solar no controlada, desde la Dirección de Promoción y Prevención en convenio con el Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta (CDFLLA) se han elaborado herramientas técnicas que ofrecen recomendaciones para el sector trabajo, en aras de prevenir la aparición de cáncer de piel no melanoma a partir de la implementación de medidas preventivas basadas en la evidencia. Acorde con ello, se dispone de la publicación: “*Manual para la prevención del cáncer de piel no melanoma en el entorno laboral*”⁹, que en gran medida reúne los lineamientos que hacen parte de los literales del artículo en comento.

Así mismo, según lo descrito en el artículo 4° de la propuesta, en relación con las obligaciones de las *instituciones educativas*; desde el Ministerio de Salud y Protección Social, y considerando que la población escolarizada expuesta a radiación solar no controlada tiene un riesgo incrementado de desarrollar en la adultez cáncer de piel u otras enfermedades asociadas, en convenio con el CDFLLA se han adelantado herramientas técnicas que ofrecen recomendaciones para el sector educativo, con miras a prevenir la aparición de cáncer de piel no melanoma a partir de la implementación de medidas preventivas basadas en la evidencia y compiladas en la publicación: “*Manual para la prevención del cáncer de piel no melanoma en el entorno educativo*”¹⁰. Se desatacan las siguientes recomendaciones:

- Propiciar en las instituciones educativas la formación de estructuras que generen sombra, por ejemplo la siembra de árboles, patios y coliseos deportivos cubiertos.
- Minimizar las actividades escolares al aire libre, especialmente entre las 10 a. m. y 3 p. m., horas en las que la intensidad de la radiación ultravioleta es mayor. En este sentido, se recomienda que las actividades de recreo, educación física y cultural como izadas de bandera, sean programadas al inicio o al final del día o en espacios cubiertos.
- Usar vestimenta apropiada: sombrero de ala ancha y ropa de manga y bota larga, que impidan el paso de la radiación ultravioleta. Si es necesario,

adicionar en los uniformes el uso de sombreros y camisas de manga larga.

- Realizar campañas educativas integrales para la prevención del cáncer de piel que proporcionen conocimientos referentes a los riesgos de la exposición a la radiación ultravioleta y que promuevan la modificación de dichas conductas de riesgo, priorizando la población en edad escolar.

Teniendo en cuenta lo anterior, se sugiere que los colegios y universidades, en el ámbito de sus competencias, cumplan un papel fundamental en la educación para la prevención de enfermedades relacionadas con la exposición solar, enseñando a sus comunidades el nexo entre el sol y dichas enfermedades y cómo pueden protegerse, valiéndose de políticas o lineamientos para la protección solar.

Dado lo expuesto frente a los artículos 3° y 4°, se hace imprescindible fortalecer el trabajo intersectorial para favorecer la difusión y adopción de las recomendaciones para el control de la exposición a radiación solar definidas en las herramientas técnicas elaboradas por el MSPS y fortalecer los mecanismos para garantizar la implementación de estas medidas en el sector educativo y laboral.

Adicionalmente, se deben considerar los conceptos de los Ministerios de Educación y Trabajo y otras autoridades para las cuales este tema resulte sensible, frente a los mandatos de estos artículos, procurando identificar qué normatividad vigente contempla estos aspectos y evaluando la pertinencia o necesidad de generar un mandato de *ново* al respecto.

En lo concerniente al artículo 5°, relativo a las *obligaciones de los empleadores*, es menester expresar que la evidencia científica pone de relieve *como recomendaciones fuertes a favor* para reducir el impacto de la radiación solar en la generación de cáncer de piel: *usar vestimenta apropiada, sombrero de ala ancha y ropa de manga y bota larga, que impidan el paso de la radiación ultravioleta*, así como el uso de *barreras químicas (protector solar) en conjunto con medidas de protección física*, de ahí que, el precepto sea pertinente desde un punto de vista técnico al plantear la obligatoriedad del sector trabajo para proveer los elementos de protección idóneos con la debida capacitación para su uso adecuado, situación que hace indispensable, como ya se anotó, conocer el pronunciamiento del Ministerio de Trabajo.

Sobre el artículo 8°, como en otros puntos, se trata de un tema que ya cuenta con una regulación específica y protectora. Es más, el engaño al consumidor debe ser susceptible de sanción de conformidad con lo previsto en la Ley 1480 de 2011 y demás normas sanitarias que sean precedentes.

3. CONCLUSIONES

Con base en lo que se ha venido tratando hasta el momento, se concluye lo siguiente:

3.1. Se comparte la preocupación por la problemática que representa el cáncer de piel no melanoma en nuestro medio, enfatizando en que su prevención podría evitar la aparición de la enfermedad, y la de-

⁹ Cfr. <https://www.minsalud.aov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDial/RIDEA/S/PP/ENT/manual-prevencion-capiel-entorno-laboral.pdf> (05-04-2017).

¹⁰ Cfr. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDial/RIDEA/S/PP/ENT/manual-prevencion-cancer-piel-entorno-educativo.pdf> (05-04-2017).

tección temprana por parte del personal de salud podría evitar secuelas y aun la muerte por esta causa.

3.2. El país cuenta con tres instrumentos de política en salud pública que trazan la hoja de ruta para favorecer la prevención y detección temprana y atención integral de enfermedades relacionadas con exposición a radiación solar ultravioleta no controlada, por lo cual dichas herramientas abarcan lo plasmado en el artículo 2° del proyecto de ley, en lo que correspondería al Ministerio de Salud y Protección Social.

3.3. Es indispensable el concepto técnico de los Ministerios de Trabajo y Educación Nacional, teniendo en cuenta su rol para propiciar la implementación de las recomendaciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social desde el año 2013 en materia de prevención del cáncer de piel no melanoma y de otras enfermedades relacionadas con la exposición a RUV.

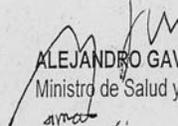
3.4. La propuesta integra medidas importantes para el control de la exposición a radiación solar en

población de alto riesgo, cuya operación es competencia del sector educación y trabajo, bajo las recomendaciones y lineamientos del sector.

3.5. Se deben considerar los pronunciamientos institucionales de los Ministerios de Educación Nacional y Trabajo frente a los mandatos del articulado del proyecto, procurando identificar qué normatividad vigente contempla estos aspectos y conceptualizando la pertinencia o necesidad de generar un mandato de *novo* al respecto.

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

Atentamente,



ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social

COMENTARIOS

COMENTARIOS DE LA PRESIDENCIA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA PROYECTOS DE LEY PARA PUBLICAR EN GACETA DEL CONGRESO

PRE-CS-1721-2017

Bogotá, D. C., mayo de 2017

PARA: GREGORIO ELJACH

Secretario General del Senado

De: Presidencia del Senado

Asunto: Remisión comentarios sobre proyectos de ley para publicar en la *Gaceta del Congreso*. Rad. 12654 Correspondencia Externa - Rad. 1196 Presidencia. Rad. 13133 Correspondencia Externa - Rad. 1260 Presidencia Rad. 1209 Presidencia.

De acuerdo al artículo 231 de la Ley 5ª de 1992 remito a ustedes las siguientes observaciones sobre distintos proyectos de ley para ser publicadas en la *Gaceta del Congreso*, así:

- Al **Proyecto de ley número 112 de 2015 Senado**, “por medio del cual se modifica el artículo 5° de la Ley 1639, se crean otras medidas de protección a favor de las víctimas y se dictan otras disposiciones” presentadas por la Universidad del Rosario y la Fundación Natalia Ponce de León (sin radicado).

- Al **Proyecto de ley número 15 de 2016 Senado**, “por la cual se modifica el régimen de seguridad social de los pensionados”, presentadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Rad. 12654 Correspondencia Externa - Rad. 1196 Presidencia.

- Al **Proyecto de ley número 123 de 2016 Senado, 082 de 2015 Cámara**, “por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la Política Pública de prevención a la infertilidad y sus parámetros de salud reproductiva”, presentadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Rad. 13133 Correspondencia Externa - Rad. 1260 Presidencia.

- Al **Proyecto de ley número 177 de 2016 Senado, 172 de 2015 Cámara**, “por el cual se modifican los artículos 160, 161 y 170 del Código Sustantivo del Trabajo” presentadas por el Comité Intergremial de Antioquia.

Rad. 1209 Presidencia.

Cordialmente,



JULIAN RUPERTO MOLINA
Presidencia del Senado

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Honorable Senador

ÓSCAR MAURICIO LIZCANO

Presidente

Senado de la República

Ciudad

Asunto: Intervención al **Proyecto de ley número 112 de 2015 Senado**, por medio del cual se modifica el artículo 5° de la Ley 1639 de 2013, se crean otras medidas de protección a favor de las víctimas y se dictan otras disposiciones.

La adopción del presente Proyecto de ley como Ley de la República, representaría sin lugar a dudas un avance importante en la política estatal que se ha venido implementado en Colombia destinada a enfrentar, desde distintos escenarios, el fenómeno criminal de los ataques con agentes o sustancias

químicas, toda vez que tiene como objeto complementar la normatividad existente en relación con la atención integral que requieren las víctimas y el restablecimiento de sus derechos.

El Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, reconociendo la importancia de este Proyecto de ley y tras analizar la ponencia presentada para segundo debate, sumado a los comentarios presentados ante sus honorables Despachos el pasado mes de noviembre y las recomendaciones formuladas por la Fundación Natalia Ponce de León, presenta las siguientes observaciones en relación con algunos artículos que consideramos relevante sean tenidos en cuenta:

Artículo 3°. Reconocimiento de la víctima. *Se reconocerá a la víctima de ataque con sustancias o agentes químicos corrosivos, como víctima de enfermedad catastrófica, con lo cual se da lugar a la aplicación de los criterios establecidos en la Ley 972 de 2005. Sin perjuicio de los beneficios ya adquiridos en la Ley 1639 de 2013.*

Lo primero que hay que señalar respecto al reconocimiento de las personas víctimas de ataques con agentes o sustancias químicas, como víctimas de enfermedad catastrófica, es qué se entiende por enfermedad y por enfermedad catastrófica. La Organización Mundial de la Fundación Salud (OMS) entiende por enfermedad toda “Alteración leve o grave del funcionamiento normal de un organismo o de alguna de sus partes debido a una causa interna o externa”. A su turno, la Resolución número 5261 de 1994, definió “Enfermedades ruinosas o catastróficas” como “aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo-efectividad en su tratamiento”.

De acuerdo a las anteriores definiciones, es posible asegurar que las secuelas que trae para la salud un ataque con agentes químicos perfectamente encajan en la definición de enfermedades catastróficas, ya que un ataque con ácido o cualquier otra sustancia química produce alteraciones graves en la fisonomía y el funcionamiento de una o varias partes del organismo de la víctima. Así mismo, los tratamientos tendientes a la recuperación de la víctima son de alta complejidad técnica, alto costo y en muchas ocasiones, no logran el restablecimiento de la condición física y funcional de los tejidos afectados por el contacto con la sustancia química empleada en el ataque.

Calificar a la víctima de ataque con agentes o sustancias químicas dentro de las víctimas de enfermedades catastróficas, conlleva a la aplicación de la Ley 972, “por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/SIDA”. Dicha normativa establece una serie de derechos a favor de las personas afectadas por alguna enfermedad de este tipo. Algunos de esos derechos se enuncian a continuación:

– Se garantiza el suministro de los medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enferme-

dades ruinosas o catastróficas. Garantía que está a cargo del Estado y el Sistema General de Seguridad Social en Salud (artículo 1°, inciso 2°).

– Se garantiza el derecho a la vida y a la dignidad de la persona en la interpretación y ejecución de las disposiciones que contienen la ley y aquellas que la complementen. En ese sentido, se prohíbe cualquier: efecto de marginación o segregación, lesión a los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad del paciente, al derecho al trabajo, a la familia, al estudio y a llevar una vida digna (artículo 2°).

– Se garantiza la asistencia en todos los órdenes territoriales, al establecer que las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en lo de sus competencias, bajo ningún pretexto podrán negar la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria requerida, según lo aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a un paciente infectado con el VIH-SIDA o que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas (artículo 3°).

Se garantiza la atención a todos los pacientes, independientemente de su estado de afiliación, al establecer la obligación de atención tanto para el paciente que se encuentra afiliado, como para aquel que ha perdido su afiliación por incapacidad prolongada y para el que no está asegurado y no posee capacidad de pago (artículo 3°, incisos 2° y 3°).

Si bien el artículo 3° del Proyecto de ley objeto de este análisis, pretende extender a las víctimas de ataques con agentes químicos una serie de derechos reconocidos a las personas con alguna enfermedad catastrófica, estos derechos ya han sido reconocidos para las víctimas de ataques con agentes y sustancias químicas, en múltiples normas, por lo cual se afirma que no es necesario que sean incorporadas en la categoría de víctimas de enfermedades catastróficas, para que sean destinatarias de una atención integral en materia de salud. Para ejemplificar dicha afirmación, se resalta el conjunto de derechos incorporados en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la Ley 1629 de 2013, el Decreto número 1033 de 2014 y la Ley 1773 de 2016.

La Ley Estatutaria de Salud, al establecer como elementos del derecho fundamental de la salud la disponibilidad y accesibilidad, así como los principios de universalidad, continuidad, solidaridad y eficiencia, intenta garantizarles a todos los residentes del Estado colombiano el acceso a los servicios, tratamientos, instituciones y personal médico necesarios para darle plena efectividad a su derecho fundamental a la salud.

Así mismo, el artículo 8° de la Ley Estatutaria establece la integralidad de los servicios de salud, según el cual:

“Artículo 8°. La integralidad. *Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad*

en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. [...]”. (Subrayas fuera del texto).

Como se puede observar, el artículo anterior impone la obligación de prestar un tratamiento integral, lo cual implica suministrar “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”¹. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”².

La Ley 1639 de 2013, “por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 de 2000”, incorpora de forma específica para las víctimas de estos ataques el derecho a que reciban todos los tratamientos que requieran, los cuales están a cargo del Estado. Su artículo 5° reza lo siguiente:

“Artículo 5°. Medidas de protección en salud. *Cuando las lesiones personales sean causadas por el uso de cualquier tipo de ácidos o sustancia similar o corrosiva que generen daño o destrucción al entrar en contacto con el tejido humano y generen algún tipo de deformidad o disfuncionalidad, los servicios, tratamientos médicos y psicológicos, procedimientos e intervenciones necesarias para restituir la fisionomía y funcionalidad de las zonas afectadas, no tendrán costo alguno y serán a cargo del Estado”*. (Subrayas fuera del texto).

Con el fin de reglamentar la ley anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social formula el Decreto número 1033 de 2014, mediante el cual se crea la ruta integral de atención a las víctimas de ataques con sustancias o agentes químicos. Uno de los cuatro elementos de dicha ruta es el componente de salud, en el cual se reconocen una serie de derechos encaminados a brindarles a las víctimas la atención médica necesaria para que puedan recuperar, en la mayor medida posible, el estado físico y funcional que tenían los órganos y tejidos afectados, antes del ataque. En ese sentido, se señala:

“Artículo 12. Garantía de la atención en salud. *Las entidades promotoras de salud y las entidades territoriales, según corresponda, a través de su red de prestación de servicios, garantizarán a las víctimas de ataques con ácidos, álcalis o sustancias similares o corrosivas, a quienes se cause destrucción de tejidos, deformidad o disfuncionalidad, de manera prioritaria, en consideración a su especial situación de vulnerabilidad, los servicios, tratamientos médicos y psicológicos, procedimientos e intervenciones necesarios para restituir la fisionomía y funcionalidad de las partes afectadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 53A de la Ley 1438 de 2011, adicionado por el artículo 5° de la Ley 1639 de 2013.*

El anexo técnico del Decreto incorpora la obligación de prestar todos los servicios de salud, dentro de los que se incluye: el traslado de la víctima, la atención inicial de urgencias, la atención en un centro especializado, la atención ambulatoria, la afiliación al Sistema General de Seguridad Social de las Víctimas, la notificación a las autoridades correspondientes, entre otros. Es importante resaltar que el Decreto número 1033, señala de forma detallada los procedimientos que se deben seguir en cada uno de estos servicios y que tienen como objeto brindarle a la víctima una atención oportuna y acorde con su necesidad.

Finalmente, la Ley 1773 de 2015, también conocida como la Ley Natalia Ponce de León, establece, en su artículo 7°, la obligación del Gobierno nacional, a través del Ministerio de Salud, de formular “una política pública de atención integral a las víctimas de ácido, garantizando el acceso a la atención médica y psicológica integral”.

Del anterior desarrollo legal se puede concluir que a las víctimas de ataques con agentes y sustancias químicas se les reconoce de forma especial y específica una serie de derechos en materia de salud, con miras a que reciban de forma integral, ininterrumpida y sin ninguna barrera administrativa, la atención médica y los tratamientos necesarios para restablecer su estado de salud. En virtud de dicha conclusión, se afirma que no es necesario incluir a las víctimas de ataques con agentes o sustancias químicas, dentro de la categoría de víctimas de enfermedades catastróficas para que se les brinde atención médica integral.

Pese a que no se observa un beneficio adicional en materia de prestación de servicios de salud con la incorporación de las víctimas de ataques con agentes químicos como víctimas de enfermedades catastróficas, consideramos que se debe adoptar para estas víctimas la misma categorización que se le da a los pacientes de enfermedades catastróficas, en relación con su reconocimiento como **sujetos de especial protección constitucional**, pues ambos grupos coinciden en un aspecto y es el hecho de encontrarse en condición de debilidad manifiesta, debido a las consecuencias físicas, psicológicas, sociales y económicas que conlleva el ataque, por lo tanto, existe un deber por parte de las autoridades de adoptar medidas tendientes a su protección, lograr una igualdad material y un mayor nivel de bienestar.

De acuerdo a esto, es importante reconocer que la condición de sujetos de especial protección constitucional no está plenamente reconocida a las víctimas de ataques con agentes químicos, por lo cual, en ámbitos distintos a la salud, no son destinatarias de otras medidas de protección y restablecimiento de los derechos.

Artículo 5°. Subsidio de apoyo. *El Gobierno nacional establecerá un subsidio de apoyo para las víctimas de ataques con agentes o sustancias corrosivas, igual a un salario mínimo legal vigente, siempre y cuando se constate que la persona pertenece a los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén, ha presentado pérdida de su trabajo posterior a la agresión, que*

¹ Sentencia T-081 de 2016.

² Ibídem.

además no cuenta con recursos familiares para su manutención, y que tampoco es objeto de otro tipo de subsidios o ayudas por parte del Estado.

Parágrafo 1º. *Al Gobierno nacional, en cabeza del Ministerio de Salud o quien este delegue, le corresponderá determinar la entidad responsable o el procedimiento respectivo para acceder al subsidio.*

Parágrafo 2º. *La duración del subsidio será igual o menor a 4 (cuatro) meses, la víctima beneficiaria podrá solicitar el mencionado subsidio en cualquier momento, siempre y cuando aún se encuentre en tratamiento y además cumpla con las condiciones previamente señaladas en este artículo.*

Parágrafo 3º. *El subsidio será prorrogable por única vez, en un tiempo igual al establecido en el parágrafo segundo, siempre y cuando el tratamiento tenga una duración superior a un año.*

Parágrafo 4º. *Si posterior al tiempo de tratamiento, el médico tratante y un equipo interdisciplinario de la EPS, determina la incapacidad laboral permanente o de por vida fruto de la agresión con ácido, la persona será incluida por el Gobierno dentro de los planes de atención a la población con discapacidad del país.*

Parágrafo 5º. *Existirá negación o pérdida del acceso al subsidio de comprobarse que el beneficiario(a) participó del mismo delito del cual es víctima o conexos.*

Respecto de este artículo, es necesario hacer énfasis en la importancia que este acarrea para las personas sobrevivientes de ataques con agentes químicos, teniendo en cuenta que busca proteger el derecho al trabajo y a la dignidad humana. Es por esto que se debe seguir velando por la protección y la garantía de los derechos de las personas que se han visto seriamente afectadas por este tipo de agresiones personales.

En esta medida, es menester mencionar algunos aspectos que pueden resultar problemáticos del artículo en mención para las víctimas de ataques con agentes químicos, si no se considera modificarlos en el trámite del presente proyecto de ley.

El primer aspecto de este artículo, es aquel referente a la necesidad que se establece de constatar que la víctima perdió su empleo después del ataque. Este requisito entraña una clara dificultad para los sobrevivientes, debido a que, para poder obtener el subsidio o beneficio en mención, en primera medida, se debe probar que perdió el empleo en razón al ataque mismo y, en segundo lugar, el gran problema que representa este artículo es que deja a un lado a las personas que no se encontraban vinculadas laboralmente antes del ataque y a aquellas que son trabajadores independientes.

Las personas que fueron mencionadas en el párrafo anterior, se ven gravemente afectadas ya que al no poder acceder a la incapacidad ni al subsidio, no cuentan con los recursos suficientes para poder vivir dignamente. Esta situación se hace aún más gravosa si se menciona la gran dificultad que encuentran las víctimas de ataques con agentes químicos para poder acceder a un nuevo empleo después del ataque,

por diferentes razones, tanto psicológicas como físicas, sociales y hasta culturales.

Así pues, se denota que este sería un trato discriminatorio, que realmente perjudicaría a los sobrevivientes, al afectar sus derechos fundamentales. Es por ello que se hace imperioso reiterar la solicitud de quitar o modificar este aspecto del artículo, de manera tal que se propenda por la protección de los derechos de todas las víctimas.

El segundo aspecto del artículo 5º que resulta inconveniente, es el referente al apartado en el cual se menciona que el beneficio cubre a las personas que pertenecen al Sisbén 1 a 3. Si bien la finalidad es plausible, ya que busca proteger a aquellas personas que cuentan con menos recursos, se deja a un lado a las demás víctimas que han sufrido los perjuicios de estos tipos de ataques. Es decir, sí se debe proteger a las personas que cuentan con menos recursos, pero eso no debe ser un motivo para dejar por fuera al resto de los sobrevivientes, ya que esta diferenciación puede afectar las vidas de estas personas que por causa de estos ataques lleguen a perder oportunidades económicas que tienen como objetivo su protección misma.

El tercer aspecto que genera inquietud, es aquel en el cual se menciona que serán beneficiarios de este recurso aquellas personas que no cuentan con recursos familiares. Este punto pretende que el artículo mismo sea más específico, debido a que se está incurriendo en una ambigüedad que en el futuro puede llegar a ser problemática para la persona que quiera acceder al beneficio. Se debe velar por la claridad y en esa medida solicitamos muy respetuosamente que tengan en consideración este punto para que los sobrevivientes no tengan que incurrir en una carga adicional para poder acceder al beneficio.

Finalmente, y en la misma línea del punto anterior, es oportuno agregar en este artículo el rango en el que podría estar el monto del beneficio, con el fin de ser claros y evitar ambigüedades para los sobrevivientes. Además, es necesario dar un deber concreto que se pueda materializar al Estado con el fin de que lo expresado en esta ley no sea inviable debido a este punto en particular. Se debe establecer un monto determinado o por lo menos unos criterios para poder determinarlo, teniendo en cuenta las situaciones particulares de cada una de las personas que quieran acceder a este monto.

Para determinar estos requisitos a tener en cuenta para la fijación de un monto, se pueden llegar a tomar los datos que se proporcionan en Sivigila o en SPOA de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de calcular los costos en los que se debe incurrir para el beneficio de los sobrevivientes de ataques con agentes químicos. En este sentido, cabe aclarar que aun cuando el costo en el que se incurra al dar este subsidio podría afectar el Presupuesto Nacional, el costo se justifica en la medida en que llega a ser un gran aporte en la vida de las personas beneficiarias que han sido víctimas de delitos atroces que afectan su vida en general a partir del ataque.

Artículo 6º. *Adiciónese al artículo 5º de la Ley 1639 de 2013 lo siguiente: “El Ministerio de Salud*

garantizará el acceso a los insumos, procedimientos y tecnologías que el médico tratante o especialista requiera para atender oportunamente a una víctima de ataque por sustancias o agentes químicos corrosivos.

Parágrafo 1°. La EPS o la entidad que ejerza sus funciones garantizarán al afiliado en menos de 24 horas todo lo solicitado por el médico tratante para su atención, desde insumos, procedimientos médicos y tratamientos alternos, a partir del momento en que es solicitado por el profesional médico, sin perjuicio de la etapa del proceso en que el paciente se encuentre.

Parágrafo 2°. Por ningún motivo la EPS o la entidad que ejerza sus funciones podrán suspender el tratamiento, negar procedimientos, o retrasarlos. El Ministerio de Salud verificará que las EPS o la entidad que ejerza sus funciones garanticen las condiciones de continuidad de todo el tratamiento incluido procedimientos ordinarios y alternos, avalados y supervisados desde las Unidades de Quemados del País.

De acuerdo con este artículo, a pesar de que la garantía que debe dar el Ministerio de Salud sobre el acceso a insumos, procedimientos y tecnologías al médico tratante, se encuentra de manera transversal en la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015) y en los demás textos normativos como el “Protocolo de atención de urgencias a víctimas de ataques con agentes químicos” (Resolución número 4568 de 2014), donde se busca garantizar el acceso a la salud de manera amplia y adecuada a las víctimas de ataques con agentes químicos, no por ello deberá excluirse este artículo pues fomenta y enfatiza la necesidad e importancia que este componente tiene de cara a la prestación de un servicio de salud integral a las víctimas de ataques con agentes o sustancias químicas y complementa los contenidos normativos que ya se encuentran vigentes.

Además de la importancia que acarrea este artículo, en los comentarios que se plantearon en el mes de noviembre del año pasado al proyecto de ley en cuestión, se sostuvo que en este mismo artículo se podría reforzar y hacer extensiva la obligación que se consigna en el artículo 5° de la Ley 1773 de 2016 a otras instituciones, debido a que es igualmente relevante para el tratamiento que vaya a realizar el médico sobre la víctima del ataque, el acceder al expediente donde repose información de interés sobre el agente o sustancia química utilizada.

De acuerdo a ello, se propuso adicionar, de manera respetuosa, al artículo 6° en cuestión el siguiente parágrafo:

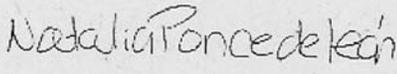
“Parágrafo 3°. Adiciónese al artículo 5° de la Ley 1773 de 2016 lo siguiente: **Acceso al expediente por parte de la víctima y su médico tratante.** El Instituto Nacional de Medicina Legal o cualquier entidad que tenga a su cargo la identificación del agente químico utilizado, suministrará de inmediato toda la información que requiera el médico tratante de las víctimas de ataques con agentes químicos, ácidos, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generen destrucción al entrar en contacto con

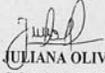
el tejido humano, que resulte necesaria para establecer el procedimiento médico a seguir y así evitar que el daño sea aún más gravoso”. (Subrayas fuera del texto original referentes a la adición que se propone sobre el artículo).

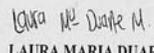
Habida cuenta de las anteriores consideraciones invitamos a los señores Congresistas a que alimenten el debate con estos conceptos y opiniones.

De los honorables Congresistas,

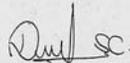

MARÍA LUCÍA TORRES V.
C.C. 52.906.107
Directora del Observatorio Legislativo
Profesora de Carrera Académica
Universidad del Rosario


NATALIA PONCE DE LEÓN
C.C. 52.799.473
Presidente
Fundación Natalia Ponce de León


JULIANA OLIVEROS S.
C.C. 1.032.472.079
Miembro Grupo de Acciones Públicas
Universidad del Rosario


LAURA MARÍA DUARTE M.
C.C. 1.020.787.335
Miembro Grupo de Acciones Públicas
Universidad del Rosario


MARÍA DANIELA HERNÁNDEZ R.
C.C. 1.075.280.765
Miembro Grupo de Acciones Públicas
Universidad del Rosario


DIANA LUCÍA SAAVEDRA C.
C.C. 1.026.579.845
Miembro Grupo de Acciones Públicas
Universidad del Rosario

* * *

COMENTARIOS DEL COMITÉ INTERGREMIAL DE ANTIOQUIA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 172 DE 2015 CÁMARA, 177 DE 2016 SENADO

por la cual se modifican los artículos 160, 161 y 170 del Código Sustantivo del Trabajo.

Medellín, 15 de mayo de 2017

Honorable Senador

MAURICIO LIZCANO ARANGO

Congreso de la República de Colombia

Bogotá, D. C.

Asunto: Comentarios y observaciones del Comité Intergremial de Antioquia sobre el Proyecto de ley número 172 de 2015 Cámara, 177 de 2016 Senado, por el cual se modifican los artículos 160, 161 y 170 del Código Sustantivo del Trabajo.

Apreciado Senador, un gusto saludarlo.

Como Comité Intergremial, tenemos gran interés en apoyar el trabajo decente, la generación de

empleo, la construcción de empresa y la inversión de capital extranjero en nuestro país. Con base en ello, hemos reflexionado acerca de las implicaciones que conlleva el Proyecto de ley número 172 de 2015, actualmente aprobado en Segundo Debate en la Cámara de Representantes y ahora continuará su tránsito hacia el Senado de la República.

El proyecto de ley propone modificar el artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo, para reducir la jornada laboral diurna de las 10:00 p. m. a las 8:00 p. m., así:

Actualidad	6:00 a. m. - 10:00 p. m.	10:00 p. m. - 6:00 a. m.
Proyecto de ley	6:00 a. m. - 8:00 p. m.	8:00 p. m. - 6:00 a. m.

A pesar de valorar el objetivo social que el proyecto plantea, se estima que su aprobación llevaría a una afectación sustancial para el sector productivo del departamento, su capacidad de crecer y de continuar con la generación de empleo. Especialmente, la aprobación del proyecto afectaría dos elementos de gran importancia para la región como la generación de empleo y la competitividad.

De acuerdo con ello, consideramos importante poner en conocimiento de ustedes el análisis que hemos hecho, fundamentado en las siguientes premisas:

1. Entorno económico actual, inconveniencia y riesgos de generar nuevas cargas económicas de naturaleza laboral a los empleadores, reviviendo el recargo nocturno entre las 8:00 p. m. y las 6:00 a. m.

1.1 El entorno económico del país y del departamento de Antioquia se encuentra sensiblemente deteriorado por los bajos niveles de crecimiento económico – inferiores al 3% durante el año 2016– sin proyecciones de recuperación en el corto plazo, generando un evidente estancamiento y propiciando el riesgo de una inminente recesión.

1.2 Afectación a los sectores de mayor generación de empleo.

De acuerdo con el Ministerio de Hacienda, en la audiencia pública que se celebró en la Comisión Séptima del Senado sobre esta propuesta, el 22 de octubre de 2014, la sensibilidad al cambio en jornada laboral depende del sector económico en que se desempeña una empresa, como muestra el siguiente gráfico que calculó el Ministerio para estimar la pérdida de demanda por trabajadores:

Rama de actividad	Disminución de demanda
Comercio/restaurantes/hoteles	28.1%
Servicios	21.6%
Industria de manufactura	19.3%
Transporte	12.8%

Lo anterior es preocupante pues según datos del PILA, procesados por la plataforma DATLAS, los sectores que mayor empleo generan en el departamento son los más sensibles al cambio de jornada, esto es, la prestación de servicios (sociales y empresariales), el comercio y la industria. El siguiente cuadro muestra los empleos y los sectores especialmente sensibles al cambio de jornada:

Sector	Actividad	Empleos	Participación
Servicios empresariales	Suministro de personal	87.700	6.9%
Construcción	Construcción de obras	53.600	4.2%
Manufactura	Prendas de vestir	36.600	2.9%
Servicios empresariales	Seguridad	31.200	2.4%
Servicios sociales	Educación superior	28.600	2.2%
Servicios sociales	Hospitales	26.800	2.1%
Transporte	Transporte urbano colectivo	23.700	1.9%
Comercio	Comercio al por menor	16.100	1.3%
Servicios empresariales	Limpieza de edificios	14.200	1.1%
Comercio	Comercio al por mayor	14.200	1.1%
Servicios sociales	Otras actividades de salud	12.500	1%
Comercio	Servicios de restaurantes	11.600	0.9%
Comercio	Tiendas de alimentos, bebidas y tabaco	10.400	0.8%
Manufactura	Artículos de plástico	7.100	0.6%
	Total	587.600	29.4%

Lo anterior demuestra que por lo menos el 29.4% de los empleos que genera Antioquia son producidos por sectores que son altamente sensibles al cambio de jornada laboral. Esta condición especial del departamento hace que la propuesta del proyecto de ley en mención genere preocupación a nivel regional. Adicionalmente, es inquietante la alta exposición que tienen algunos proveedores de servicios sociales de alto valor para la región, como los servicios de salud, educación superior y transporte urbano.

En este contexto, la reducción propuesta tendría efectos indeseados sobre la dinámica empresarial y de generación de empleo, pero también sobre la disponibilidad y el costo de servicios en los cuales Antioquia se ha destacado, como los mencionados anteriormente. Por ello, se estima que se trata de una iniciativa inconveniente para el departamento.

1.3 Las obligaciones fiscales que se verán abocadas a asumir los empresarios a partir de la reforma tributaria en curso, generarán nuevas y más gravosas cargas económicas que indiscutiblemente afectarán la rentabilidad y competitividad de las compañías, más aún, cuando estas en la actualidad pagan una de las mayores tasas de tributación de Latinoamérica.

1.4 La incertidumbre ante los cambios en las políticas comerciales entre Estados Unidos y Latinoamérica, y la muy probable renegociación del TLC entre Colombia y dicho país a partir del próximo año en desarrollo de los programas de gobierno del nuevo presidente electo, generarán un impacto totalmente negativo en las expectativas de crecimiento económico e incluso de sostenibilidad para las empresas nacionales, y particularmente de Antioquia en los sectores agroindustrial, de manufactura y servicios, cuyas proyecciones se encuentran sustentadas en actividad exportadora y de intercambio comercial con EE. UU.

2. El alto costo laboral a nivel prestacional y de aportes al sistema de seguridad social que generaría revivir el recargo nocturno entre las 8:00 p. m. y las 6:00 a. m. no ha sido dimensionado en sus reales proporciones.

Teniendo en cuenta que el recargo nocturno como tal es salario de acuerdo con lo establecido por el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, el impacto económico que conlleva el proyecto de ley que revive el recargo nocturno entre las 8:00 p. m. y las 6:00 a. m., está siendo totalmente desconoci-

do y resulta ser de elevadas proporciones, toda vez que representa no únicamente un aumento mensual del salario, sino también de la base correspondiente al factor prestacional para el pago de cesantías, sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnizaciones, aportes al sistema de seguridad social en salud, pensiones, riesgos laborales y parafiscales, que en el país es de aproximadamente 51%; de por sí, uno de los más altos de América Latina.

3. Revivir el recargo nocturno entre las 8:00 p. m. y las 6:00 a. m. desincentivaría la inversión extranjera en Antioquia, particularmente en Medellín, y afectaría ostensiblemente su crecimiento y proyección de ciudad considerada como hub de innovación para la inversión en Latinoamérica.

En efecto, empresarios extranjeros de diferentes sectores, especialmente de TIC (centros compartidos y BPO, desarrollo e integración de servicios y aplicaciones TI y desarrollo de software y data centers), producción y centros de I+D, turismo, logística, textiles y agroindustria, han considerado a Medellín, de manera consistente y creciente, como una ciudad que ofrece especiales condiciones para el establecimiento y desarrollo de negocios con alto impacto a nivel internacional en diferentes continentes. En Medellín, un gran número de jóvenes de diversos niveles socioeconómicos encuentran en estas compañías oportunidades de empleo, intercambio cultural, formación y capacitación constante, prestando servicios a través de nuevas tecnologías a nivel internacional y en diferentes zonas horarias, las 24 horas del día con condiciones, beneficios y garantías laborales superiores a los estándares legales. Sin embargo, la posibilidad de incrementarse los costos laborales al revivirse el recargo nocturno entre las 8:00 p. m. y las 6:00 a. m., pondría en alto riesgo la permanencia y sostenibilidad de estas iniciativas de inversión extranjera en la ciudad, restándole competitividad, continuidad en su proceso de transformación y posicionamiento en la región.

El estándar internacional que ha fijado la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su Convenio 171, señala que trabajo nocturno es: “todo trabajo que se realice durante un período de por lo menos siete horas consecutivas, que abarque el intervalo comprendido entre medianoche y las cinco de la mañana...”. Alejarse del estándar internacional afectaría negativamente las posibilidades de Antioquia de competir, con otros productores o exportadores internacionales.

Lo anterior resulta particularmente preocupante cuando se observa que la legislación colombiana trae el recargo nocturno más costoso de todo el continente. En efecto, como demuestra la siguiente tabla, los países con los que competimos tienen recargos nocturnos más económicos. El único que es tan costoso como el colombiano es Perú, pero en dicho país la jornada nocturna inicia a las 10 de la noche.

	Colombia	Chile	Perú	Argentina	México	Ecuador	Venezuela
Recargo nocturno	35%	0%	35%	13%	0%	25%	30%
Inicio de la jornada nocturna	8:00 p. m. (Propuesta)	10:00 p. m.	10:00 p. m.	9:00 p. m.	8:00 p. m.	7:00 p. m.	7:00 p. m.

Fuente: Doing Business, 2016.

Esta cifra se enmarca en un contexto que ya presenta retos para el potencial exportador de las empresas del departamento. En efecto, de acuerdo con la medición del Foro Económico Mundial para 2016, Colombia ya se encuentra en una posición poco competitiva en cuanto a la flexibilidad de su mercado laboral, encontrándose en el puesto 70 de 140 países medidos. En consecuencia, se estima que la medida también tendría efectos negativos sobre la capacidad exportadora del departamento.

4. Revivir el recargo nocturno entre las 8:00 p. m. y las 6:00 a. m., aumentaría la informalidad laboral y la calidad de los empleos.

Entre las razones por las cuales el sector empresarial en nuestro país ha acudido a la informalidad, se encuentra aquella referida a los altos costos económicos de la formalización, incluyéndose la formalización laboral. La aprobación de este proyecto de ley impactaría directamente los costos laborales en los que deben incurrir los empresarios formalizados, aumentándolos de manera ostensible.

Así las cosas, es innegable que el cambio en el pago del recargo nocturno, se constituiría en un incentivo para que los empresarios, como agentes económicos, opten por la informalidad, tanto en la ejecución de sus proyectos empresariales en curso, como en el inicio de los mismos.

Este incentivo a la informalidad (y consecuente desincentivo a la formalidad) tendría un impacto regresivo para los derechos laborales de los trabajadores, pues es nítido que del contraste entre una serie de reglas que incentivan la formalización, acogién-dose a postulados de proporcionalidad y de equilibrio económico (como se encuentran hoy las disposiciones vigentes), frente a la alteración de ese orden económico a partir del aumento de costos laborales (como se planea incluir a partir del proyecto de ley), un gran número de empleadores se verán abocados a la informalidad.

5. Revivir el recargo nocturno entre las 8:00 p. m. y las 6:00 a. m. afectaría la generación de oportunidades laborales de cara al posconflicto.

Más allá de las consideraciones estrictamente políticas frente al posconflicto en nuestro país, es fundamental que el Honorable Congreso de la República tenga en consideración la inminencia de una serie de efectos económicos, sociales y laborales de este fenómeno, efectos que tendrán lugar principalmente en el sector rural colombiano.

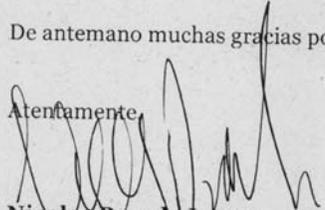
Entre otros, el posconflicto traerá consigo la reincorporación a la vida civil de miles de desmovilizados de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), así como el retorno de la población desplazada que actualmente reside en las urbes, a su lugar de origen, el campo, en gran parte en el departamento de Antioquia.

Así, teniendo presente que existirá un considerable aumento en la oferta de mano de obra en el país y en Antioquia, se reitera, especialmente en el campo, el acceso al empleo formal y digno para estas personas no será sencillo, y revivir este recargo se constituiría en un obstáculo adicional a las leyes de la oferta y la demanda para la contratación de nuevas personas al servicio de los empresarios colom-

bianos, pues como ya se anotó, las mismas incentivan la informalidad al aumentar los costos laborales de la formalización e inclusive repercuten en un desincentivo directo a la formación de empresa en Colombia.

Con base en el decrecimiento de la inversión extranjera evidente en Colombia, y en la dinámica laboral y empresarial de los últimos años, la cual ha demostrado que mayores costos laborales se ven directamente reflejados en los altos niveles de desempleo, e informalidad laboral, concluimos que el Proyecto de ley número 172 de 2015, afecta ostensiblemente la generación y conservación de empleos, la competitividad, el crecimiento económico y la inversión extranjera en el país. Por lo cual dejamos para su consideración y análisis los puntos expuestos, con el propósito de solicitarles que sean tenidos en cuenta para un siguiente análisis sobre la viabilidad del proyecto de ley, y en consecuencia la oposición al mismo.

De antemano muchas gracias por su atención.

De antemano muchas gracias por su atención.
 Atentamente,

Nicolás Rosada López
 Director Ejecutivo
 Comité Intergremial de Antioquia

CONTENIDO

Gaceta número 437 - Martes, 6 de junio de 2017

SENADO DE LA REPÚBLICA Págs.

CONCEPTOS JURÍDICOS

Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 15 de 2016 Senado, por la cual se modifica el régimen de seguridad social de los pensionados 1

Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al informe de ponencia para cuarto debate del Proyecto de ley número 123 de 2016 Senado, 082 de 2015 Cámara 4

Concepto jurídico del Ministerio de Salud y de Protección Social al Proyecto de ley número 58 de 2016 Senado, por la cual se prohíbe la producción, comercialización, exportación, importación y distribución de los productos y materias primas que puedan ser nocivas a la salud individual y colectiva 9

Concepto jurídico del Ministerio de Salud y de la Protección Social al Proyecto de ley número 129 de 2016 Senado, por la cual se establecen normas para la protección, prevención y control de los efectos nocivos que para la salud tiene la exposición prolongada y sin la debida protección a la radiación solar 16

COMENTARIOS

Comentarios de la Presidencia del Senado de la República Proyectos de ley para publicar en *Gaceta del Congreso* 21

Comentarios del Comité Intergremial de Antioquia al Proyecto de ley número 172 de 2015 Cámara, 177 de 2016 Senado, por la cual se modifican los artículos 160, 161 y 170 del Código Sustantivo del Trabajo 25