



# GACETA DEL CONGRESO

## SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
www.imprensa.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVII - N° 559

Bogotá, D. C., jueves, 2 de agosto de 2018

EDICIÓN DE 33 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

# CÁMARA DE REPRESENTANTES

## PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

### PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 009 DE 2018 CÁMARA

por el cual se incorpora el artículo 49-A dentro del Capítulo II del Título II de la Constitución Política de Colombia.

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2018.

Doctor

JORGE HUMBERTO MANTILLA

Secretario General

Cámara de Representantes

Ciudad

**Referencia:** Proyecto de Acto Legislativo número 009 de 2018 Cámara, por el cual se incorpora el artículo 49-A dentro del Capítulo II del Título II de la Constitución Política de Colombia.

Respetado doctor Eljach Pacheco:

Radicamos ante usted el presente **Proyecto de Acto Legislativo número ... 2018 Senado**, por el cual se incorpora el artículo 49-A dentro del Capítulo II del Título II de la Constitución Política de Colombia.

Con el cual se pretende elevar el acceso al agua potable y su saneamiento básico a la categoría de derechos fundamentales dentro de la Constitución Política de Colombia y en ese sentido solicitar el inicio del trámite a que haya lugar.

Cordialmente,

Con el cual se pretende elevar el acceso al agua potable y su saneamiento básico a la categoría de derechos fundamentales dentro de la Constitución Política de Colombia y en ese sentido solicitar el inicio del trámite a que haya lugar.

Cordialmente,

*(Firmas de los representantes)*

QUI VIVE LA DEMOCRACIA

### PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 009 DE 2018 CÁMARA

por el cual se incorpora el artículo 49-A dentro del Capítulo II del Título II de la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

**Artículo 1°.** La Constitución Política tendrá un nuevo artículo, el **49A**, en el **Capítulo II del Título II**, del siguiente tenor:

*Artículo 49 A. El agua y el saneamiento básico son derechos fundamentales. El Estado garantizará su acceso sin discriminación alguna, de acuerdo con los principios de universalidad, solidaridad y calidad.*

*El Estado de manera progresiva garantizará el consumo mínimo vital gratuito para las comunidades más vulnerables de la población.*

**Artículo 2°.** El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

De los honorables congresistas,

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

De los honorables congresistas,

*(Firmas de los congresistas)*

QUI VIVE LA DEMOCRACIA

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I. OBJETIVO DEL PROYECTO

Con el objeto de fortalecer la protección del derecho al acceso al agua como recurso natural, esta iniciativa legislativa pretende establecer “el agua como derecho fundamental, dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia” teniendo en cuenta que el agua es un elemento del que deben gozar todos los seres humanos de esta y las generaciones futuras. Como resultado de ello, el Estado está en la obligación de velar por su conservación y desarrollo sostenible y garantizar a la población el acceso al agua para atender sus necesidades básicas.

Una manera efectiva para proteger y garantizar la sostenibilidad de su uso es darle categoría de derecho fundamental, equiparándola a una norma no negociable y poniéndola por encima de los modelos económicos de mercado y los intereses particulares y haciendo énfasis en su carácter de recurso de carácter estratégico para el desarrollo económico, social, cultural y fundamental para la misma existencia del ser humano.

El agua potable es un recurso natural esencial para la existencia de la vida, y el saneamiento básico indispensable para la salud. Asegurar su consumo y el tratamiento adecuado es igualmente garantizar los derechos que están estrechamente vinculados a estos, como la vida, la salud y la integridad personal.

Por otro lado, la ausencia de este líquido vital y su saneamiento, afecta directamente la vida digna de personas y colectividades históricamente discriminadas, como las mujeres, niños y niñas, comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas; de tal suerte que negar, impedir, actuar con negligencia o corrupción respecto de la obligación del Estado Social de Derecho de garantizar a sus nacionales el consumo de agua potable y su saneamiento en condiciones dignas, no es más que el impedimento para la existencia y prolongación de la vida de las y los colombianos.

En este sentido, y teniendo presente las múltiples obligaciones del Estado colombiano al respecto en el escenario internacional y de las múltiples sentencias de la Corte Constitucional [ambos aspectos desarrollados más adelante] en las que se señala que el acceso al agua potable conlleva en Colombia una doble connotación, en el sentido de señalarla como servicio público y a su vez como derecho fundamental, el presente proyecto de acto legislativo, pretende garantizar el acceso al agua potable y al saneamiento básico como derechos fundamentales reconocidos ampliamente en la Constitución Política.

Reconocer al agua y el saneamiento básico como derechos fundamentales en Colombia, pasa igualmente por enviar un mensaje contundente a las y los ciudadanos colombianos y en general a la comunidad internacional, en el sentido de concebir el agua como el recurso más valioso para

la vida y no como una mercancía, susceptible de ser privatizada. Así mismo, al otorgarle el acceso al agua y al saneamiento básico la categoría de derecho fundamental en la Constitución Política se pretende decir que su disfrute no se debe a términos caritativos, sino que su uso y disfrute se consagra dentro de la esfera de las condiciones mínimas para la vida, la salud y la contribución a la superación de la pobreza.

Así mismo, contemplar el derecho al agua como derecho fundamental, se caracteriza por acceder al agua en las mejores condiciones, es decir de manera suficiente, salubre, accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

#### DE MANERA SUFICIENTE

*“Los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento para cada persona deben ser continuos y suficientes para el uso personal y doméstico. Estos usos incluyen normalmente agua de boca, saneamiento personal, lavado de ropa, preparación de alimentos, higiene personal y limpieza del hogar. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona al día para garantizar que se cubran las necesidades básicas y que no surjan grandes amenazas para la salud.”<sup>1</sup>*

#### QUE SEA SALUBRE:

Es decir, libre de microorganismos, sustancias químicas, amenazas radiológicas que constituyan peligro para la vida, igualmente garantizar condiciones de salubridad supone una educación en materia de higiene y cuidado del agua.

#### FÍSICAMENTE ACCESIBLE

*“Todas las personas tienen derecho a unos servicios de agua y saneamiento físicamente accesibles, que se encuentren dentro o en las inmediaciones de su hogar, su lugar de trabajo o las instituciones educativas o de salud”<sup>2</sup>.*

#### ASEQUIBLE:

Hace referencia a que el agua potable y el saneamiento deben estar al alcance de todas las personas, sin condicionamientos por razones de raza, color, etnia, sexo, religión, o inclinación ideológica.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES

### 2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO AL AGUA

Los derechos de los cuales son titulares los miembros de un conglomerado humano se encuentran clasificados en diferentes

<sup>1</sup> ONU. El derecho humano al agua y al saneamiento. Disponible [http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human\\_right\\_to\\_water\\_and\\_sanitation\\_media\\_brief\\_spa.pdf](http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_spa.pdf)

<sup>2</sup> ONU. El derecho humano al agua y al saneamiento. Disponible [http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human\\_right\\_to\\_water\\_and\\_sanitation\\_media\\_brief\\_spa.pdf](http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_spa.pdf)

categorías, de ahí que se consideran algunos de mayor importancia por su objeto de protección y como resultado son considerados de mayor rango, este es el caso de los denominados derechos fundamentales. Teniendo en cuenta el carácter estratégico para la vida y para el desarrollo social, cultural y económico del país, el agua debe ser protegida por el máximo carácter jurídico que se le pueda dar en nuestro ordenamiento legal.

## 2.2. Requisitos esenciales para que un derecho sea considerado un derecho fundamental

### a. Conexión directa con los principios constitucionales

Artículo 1°. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada **en el respeto de la dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

### Sentencia T-571 de 1992.

#### ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado se califica y define en función a su capacidad para proteger la libertad y promover la igualdad, la efectiva realización y el ejercicio de los derechos por parte de todos los miembros de la sociedad. El Estado Social de Derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance.

#### DERECHOS FUNDAMENTALES Determinación

Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar que tales, sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende solo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable.

Artículo 5°. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

#### Concepto

Los derechos inalienables son aquellos considerados como fundamentales; los cuales no pueden ser legítimamente negados a una persona. Ningún gobierno o autoridad tiene competencia para negarlos, ya que forman parte de la esencia de la persona. Los derechos humanos son derechos inalienables.

Artículo 7°. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Artículo 8°. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

### ii) Eficacia directa

Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del solo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una “textura abierta”, como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales. Ahora bien, la eficacia directa no se reduce a los derechos de aplicación inmediata o a los derechos humanos de la llamada primera generación. En algunos casos los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser objeto de protección especial por medio de la tutela; tal es el caso del artículo 50 sobre los derechos de los niños. Igualmente pueden ser objeto de tutela casos en los cuales el juez considere que una prestación del Estado consagrada como derecho económico, social o cultural, o la falta de ella, ponga en entredicho de manera directa y evidente un principio constitucional o uno o varios derechos fundamentales, de tal manera que, a partir de una interpretación global, el caso sub judice resulte directamente protegido por la Constitución. De acuerdo con esto, la enumeración del artículo 85 no debe ser entendida como un criterio taxativo y excluyente. En este sentido es acertado el enfoque del artículo 2° del Decreto número 2591 de 1991 cuando une el carácter de tutelable de un derecho a su naturaleza de derecho fundamental y no a su ubicación.

### iii) El contenido esencial

Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el NÚCLEO BÁSICO DEL DERECHO FUNDAMENTAL, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. El concepto de “contenido esencial” es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, doctor Édgar Augusto Arana Montoya 6 según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan. Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías

políticas. Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales, en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental.

### 2.3. Evolución de la cobertura del agua potable y saneamiento

La cobertura en Colombia del agua potable y su saneamiento se ha caracterizado por ser inacabada, lenta y con profundas brechas entre zonas urbanas y rurales. La evolución de la cobertura en el país se puede dividir en 3 etapas; la primera, abarca los años de 1945 a 1987, en ella el acceso del agua potable y su saneamiento se definen como servicios públicos prestados esencialmente por el Estado. Esta primera etapa, señaló la Comisión Reguladora del Agua y el Departamento Nacional de Planeación<sup>3</sup> se caracterizó por la inexperiencia y poca capacidad de ejecución del Estado, se destacan fallas importantes en el diseño y ejecución de los proyectos que buscaban llevar el agua a las comunidades, estas fallas hacen referencia a la ausencia de estudios, así como la omisión para realizar las prevenciones y exigencias en relación con la capacidad de los municipios para atender la demanda.

Posteriormente con el Decreto 77 de 1987 por el cual se expidió el Estatuto de Descentralización, se trasladó la prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico a los municipios del país. Así mismo este decreto al eliminar el Programa de Agua y Saneamiento Básico Rural (PASBR) trasladó la ejecución de proyectos que pretendían llevar agua potable en zonas rurales, a dependencias departamentales, las cuales por no contar con presupuesto definido fueron desapareciendo poco a poco. Generando como señala Carrasco Mantilla<sup>4</sup> *“la pérdida del conocimiento y la experiencia que se tenía respecto del manejo y promoción de este tipo de obras, de tal suerte, que se originó una especie de parálisis en el apoyo técnico y financiero de las entidades nacionales al sector rural”*<sup>5</sup>.

Ahora bien, en el lapso de 1968 hasta 1987 se destaca la forma de financiación de las obras de acueducto y saneamiento básico. Este se cubría en un “15% por las juntas comunitarias, el 45% por el municipio o departamento y el 40% restante mediante crédito del Gobierno Nacional a 15 años y el 6% de intereses anual”<sup>6</sup>.

Igualmente, destaca Carrasco (2015) que para el año de 1987 y con la intermediación de la División de Saneamiento Básico Rural se construyó 2500 acueductos, que dignificaron la vida de aproximadamente 2 millones de personas. Este fue, quizás, el último avance importante que pudo reportar el PASBR.

La segunda etapa significativa se comprende de los años 1990 a 1998. En este espacio de tiempo, según Carrasco solo el 10% de la inversión total en obras de agua potable y saneamiento básico fue destinado al sector rural, siendo la prioridad el sector urbano con la destinación del 90% de las obras. Ya a finales de los años 90 se eliminaron entidades y programas como el Fondo de Desarrollo Rural Integrado (DRI), la Caja Agraria y el Programa Nacional de Rehabilitación (PNR), quienes eran para la época, las responsables de desarrollar las obras que garantizarían el acceso al agua potable y su saneamiento básico. La eliminación de estos espacios, generó un ambiente de abandono para el sector rural, dejando la financiación de estas obras en cabeza y responsabilidad de los municipios.

En relación con la tercera etapa, comprendida desde el 2005 hasta el 2014; el porcentaje de cobertura para el 2005 para el sector rural, según el Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER) del Banco de la República, llegaba a penas al 47% y en el caso del alcantarillado, por ejemplo, tan solo llegaba al 17,8%. Por otro lado, el caso de la cobertura urbana, señala Ramírez<sup>7</sup> (2012) para el año 2010 el porcentaje para un municipio como Quibdó, era inferior al porcentaje de la cobertura rural del país; contando con solo el 20% de cobertura, un atraso significativo y perpetuador de la pobreza en la región.<sup>8</sup>

Posteriormente para el 2014, y con ocasión a la política pública sectorial, que implementó en los Planes Departamentales el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento, concentrando los recursos nacionales, departamentales, los provenientes de las Corporaciones Autónomas (CAR) y las transferencias de los municipios, en el nivel departamental, implicó la afectación de la dinámica de inversiones en las zonas rurales del país, como quiera que los planes de inversión de los Planes Departamentales se enfocaron en las zonas urbanas “y orientaron a los municipios a comprometer una parte de sus transferencias futuras para cubrir sus aportes de subsidios e inversiones principalmente en la zona urbana”<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Comisión Reguladora del Agua *et al.* Análisis del Sector de Agua Potable y Saneamiento en Colombia. 1997.

<sup>4</sup> William Carrasco Mantilla. Consultor Internacional en Agua y Saneamiento, Universidad de los Andes.

<sup>5</sup> Carrasco Mantilla, William. Estado del arte del agua y saneamiento rural en Colombia. *Revista de Ingeniería*, número 44, 2016, pp. 46-53.

<sup>6</sup> Carrasco Mantilla, William. Estado del arte del agua y saneamiento rural en Colombia. *Revista de Ingeniería*, número 44, 2016, pp. 46

<sup>7</sup> Profesor titular, Facultad de Economía, Universidad del Rosario.

<sup>8</sup> Datos obtenidos de Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER) del Banco de la República. *Combatiendo la mortalidad en la niñez ¿son las reformas a los servicios básicos una buena estrategia?* 2011.

<sup>9</sup> Carrasco Mantilla, William. Estado del arte del agua y saneamiento rural en Colombia. *Revista de Ingeniería*, n° 44, 2016, pp. 48.

En este orden de ideas, se ha venido anunciando la diferencia abismal que existe en términos de cobertura de agua potable y saneamiento básico en zonas urbanas y rurales, la cual ha sido una constante a través de los años. Esta premisa fue también confirmada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en su Informe del año 2015; en él se destaca que para el mismo año el 25% de la población colombiana se situaba en la zona rural del país, y que del 100% de las personas que habitaban allí, solo el 47% lograba acceder al agua potable, y el 97% ni siquiera tenía acceso al alcantarillado y saneamiento.<sup>10</sup>

Señala las Naciones Unidas, que la brecha en zonas urbanas y rurales entre departamentos es muy amplia. Así pues, resalta que “es especialmente crítico el caso de Chocó, donde 1 de cada 2 hogares no cuenta con acceso a agua potable en zonas urbanas, cifra que empeora en zonas rurales, donde 2 de cada 3 hogares no cuenta con conexión adecuada ni soluciones alternativas para este servicio”<sup>11</sup>.

Finalmente, se ha registrado que en algunas zonas del país se presentan dificultades en el acceso de calidad al líquido, la más preocupante tiene que ver con la continuidad de la prestación del servicio, es el caso de San Andrés (0 horas diarias), Galapa-Atlántico (0,95 horas diarias), Quibdó (3 horas diarias), Buenaventura (4,5 horas diarias) y Santa Cruz de Lorica – Córdoba (8,3 horas diarias)<sup>12</sup>.

**2.4. Mortalidad de niños y niñas en relación con el acceso al agua**

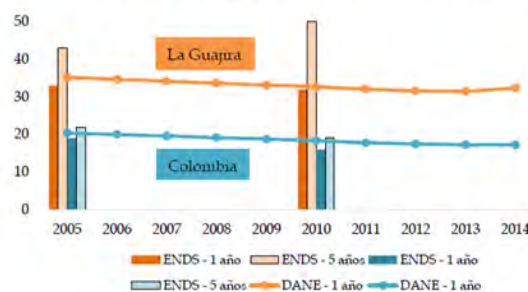
*El caso de La Guajira.*

De acuerdo con el Estudio Nacional del Agua<sup>13</sup> en Colombia hay un “rendimiento hídrico promedio que equivale a 6 veces el promedio mundial y a 3 veces el de Latinoamérica, además de tener las reservas de agua subterráneas que triplican esta oferta y se distribuye en el 74% del territorio nacional”<sup>14</sup>. Sin embargo, en departamentos como La Guajira contar con agua potable parece una utopía.

La ausencia de agua potable y el estado de nutrición de las niñas y niños son las principales causas de mortalidad infantil en la región. Los estudios realizados al respecto<sup>15</sup> han arrojado como

resultado que en La Guajira hay una mayor tasa de mortalidad en niñas y niños menores de un año que el promedio colombiano. Es así que mientras fallecían 32 menores de un año de edad, por cada mil nacidos en esta región árida, en el resto del país lo hacían 17 durante el 2014. Así mismo, se tiene que mientras en La Guajira fallecieron 50 niños menores de cinco años por cada mil nacidos vivos en toda Colombia fueron 20<sup>16</sup>.

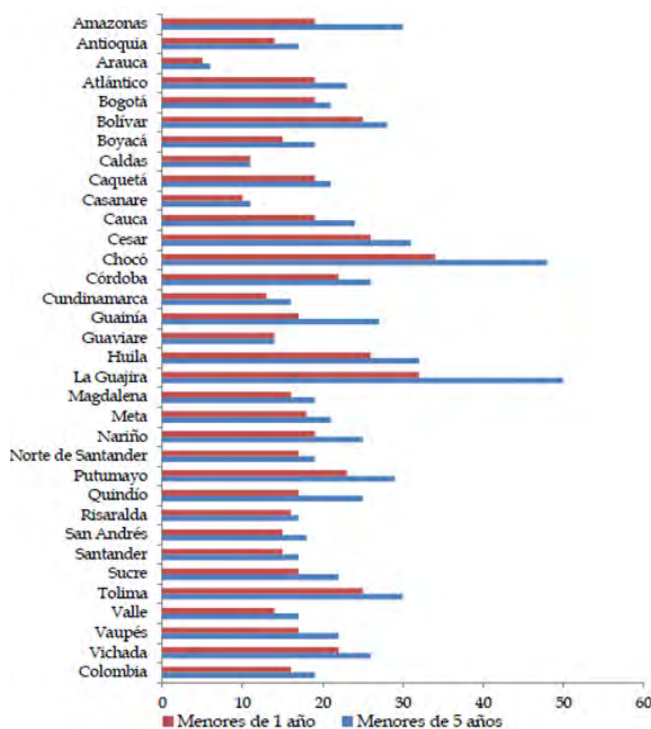
Gráfico 1. Tasas de mortalidad para menores de uno y cinco años en La Guajira y Colombia por fuente de información entre 2005 y 2014



Fuente: La mortalidad infantil en La Guajira: Una caracterización estructural (2017).

Ahora bien, si se revisa la situación por departamentos se puede ver que para el 2010 los departamentos con índices mayores tasas de mortalidad infantil son Chocó, Guajira y la Amazonía:

**Índice de mortalidad por departamentos**



Fuente: La mortalidad infantil en la Guajira: Una caracterización estructural (2017).

Indica el Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER) del Banco de la República, en la publicación del estudio “La mortalidad infantil en La Guajira: Una caracterización estructural” que: La mortalidad infantil en La Guajira, cuando se compara con el resto del país y con la región

<sup>10</sup> Cifras obtenidas del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en su Informe del año 2015.  
<sup>11</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en su Informe del año 2015, pág. 40.  
<sup>12</sup> Datos de Findeter. Informe sectorial: Agua potable y Saneamiento Básico. Agosto 2017.  
<sup>13</sup> “El Estudio Nacional del Agua 2014 (ENA-2014), es un estudio técnico-científico, que permite reconocer el estado y la dinámica del agua en Colombia” (Ideam, 2014).  
<sup>14</sup> Ideam. Estudio Nacional del Agua. 2014.  
<sup>15</sup> Se hace referencia al documento del Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER) del Banco de la República, en la publicación del estudio “La mortalidad infantil en La Guajira: Una caracterización estructural” (2017).

<sup>16</sup> Estos datos provienen del documento “La mortalidad infantil en La Guajira: Una caracterización estructural” (2017).

Caribe, es alta y persistente [...] Algunas de las posibles explicaciones para esta situación [se debe a] dos factores que se consideran fundamentales. El primero es la desnutrición infantil [...] y la segunda son las condiciones de saneamiento básico y acceso a agua potable.

Así pues, garantizar el acceso del agua potable y su consumo mínimo vital, podría no solamente atender la crisis humanitaria que se vive en algunas regiones del país, que como hasta acá se ha ilustrado son regiones principalmente rurales, sino que además significaría un avance importante para el Estado colombiano en términos de reconocimiento de los derechos humanos. Llevar al 100% de las comunidades de la nación agua potable y saneamiento podría igualmente, reducir el índice de mortalidad infantil en regiones históricamente abandonadas por el Estado como La Guajira y el Chocó. Esto es un asunto que ha sido comprobado y estudiado a lo largo del mundo; solo por mencionar uno de los estudios al respecto, se destaca el realizado por Cutler y Miller (2005) quienes señalan que “la incorporación de tecnologías para el tratamiento del agua (filtración y cloración) fue responsable del 43% de la reducción en la tasa de mortalidad en Estados Unidos durante la primera mitad del siglo XX.”<sup>17</sup>

## 2.5. MARCO JURÍDICO

### Constitución Política de Colombia. 1991

- Artículo 1°: El Estado colombiano se funda en el respeto de la dignidad humana y la solidaridad de las personas que la integra.
- Artículo 2°: Al contemplar como fin esencial del Estado el servicio a la comunidad y promover la prosperidad general, el deber del Estado Social de Derecho, es proveer de los medios que son indispensables para el desarrollo de la vida y la prosperidad. Sin el acceso al agua y su saneamiento, no se podrá hablar de prosperidad alguna.
- Artículo 11: La vida es inviolable.
- Artículo 13: El derecho al acceso potable al agua y a su saneamiento básico se argumenta en la idea del artículo 13, en el sentido de señalar la igualdad de todas las personas ante la ley y para recibir la misma protección y oportunidades sin ninguna discriminación. Que, en Colombia, existan personas que no puedan acceder al agua y al saneamiento básico podría entenderse como una afectación a este derecho fundamental.
- Artículo 44: Sea quizás la ausencia de agua potable y el saneamiento básico las condiciones que más afectan la integridad de las y los niños. El artículo 44 contempla como dere-

chos fundamentales de los niños: la vida, salud, la alimentación equilibrada, igualmente contempla la protección contra toda forma de abandono.

- Artículo 49: Son servicios del Estado el saneamiento ambiental, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.
- Artículo 79: Establece el derecho a tener un ambiente sano, y el deber del Estado en términos de garantizar la diversidad e integridad del medio ambiente, así como el deber de conservar las áreas de importancia ecológica.

### Código Civil colombiano.

- Artículo 674: “*Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República*”.
- Artículo 677: “Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios”.

### Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

- Artículo 80: “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”.

**La Ley 142 de 1994, *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones***, se reglamentó la prestación de, entre otros, el servicio público de acueducto y alcantarillado, y se instituyeron las disposiciones tendientes a instituir las reglas básicas entre las empresas prestadoras de los servicios públicos, y los derechos y deberes de los usuarios.

- Artículo 2°. *Intervención del Estado en los servicios públicos*. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:
  - Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.
  - Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios.

<sup>17</sup> Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER) del Banco de la República. La mortalidad infantil en la Guajira: Una caracterización estructural, pág. 30.

- Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.
- Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.
- Prestación eficiente.
- Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.
- Obtención de economías de escala comprobables.
- Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.
- Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

### Ley 99 de 1993

Contiene la política ambiental colombiana, bajo los siguientes principios generales:

- a) El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo;
- b) La biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible;
- c) Las políticas de población tendrán en cuenta el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza;
- d) Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de protección especial;
- e) En la utilización de los recursos hídricos, el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso;
- f) La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente;
- g) El Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales renovables;
- h) El paisaje por ser patrimonio común deberá ser protegido;

- i) La prevención de desastres será materia de interés colectivo y las medidas tomadas para evitar o mitigar los efectos de su ocurrencia serán de obligatorio cumplimiento;
- j) La acción para la protección y recuperación ambientales del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado. El Estado apoyará e incentivará la conformación de organismos no gubernamentales para la protección ambiental y podrá delegar en ellos algunas de sus funciones;
- k) Los estudios de impacto ambiental serán el instrumento básico para la toma de decisiones respecto a la construcción de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial;
- l) El manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo.

### 2.6. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL AGUA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En la Constitución Política se consagran cuatro disposiciones de las cuales se desprende que el derecho al agua tiene rango constitucional, pero no está específicamente reconocido el derecho al agua como un derecho individual y colectivo:

- El artículo 49 consagra la garantía del saneamiento.
- El artículo 79 determina el derecho a gozar de un medio ambiente sano.
- El artículo 366 consagra el mejoramiento de las condiciones de vida de la población mediante la solución de las necesidades insatisfechas en materia de saneamiento ambiental y agua potable.

Número de Proyecto	Propósito
<i>Proyecto de ley número 171 de 2008 de Cámara</i>	Convocatoria. Convócase al pueblo colombiano para que en desarrollo de lo previsto en los artículos 374 y 378 de la Constitución Política, mediante Referendo Constitucional decida si aprueba lo siguiente: “El Estado debe garantizar la protección del agua en todas sus manifestaciones por ser esencial para la vida de todas las especies y para las generaciones presentes y futuras. El agua es un bien común y público”.
<i>Proyecto de Acto Legislativo número 054 de 2008 de Cámara</i>	El agua como derecho fundamental. “El Estado tiene la obligación de suministrar agua potable suficiente para todos, sin discriminación alguna por razones territoriales, étnicas, de género o por cualquier otro motivo. Se debe garantizar un suministro mínimo vital gratuito.”

Número de Proyecto	Propósito
Proyecto de ley número 047 de 2008 de Cámara	Proyecto radicado por la Defensoría del Pueblo. Buscaba consagrar en la Constitución el derecho humano al agua de acuerdo con la normativa internacional y jurisprudencia local.
Proyecto de Acto Legislativo número 11 de 2016 Senado	<p>“El acceso al agua es un derecho humano y un recurso natural de uso público esencial para la vida y estratégico para el desarrollo social, ambiental, económico y cultural de Colombia.</p> <p>Su uso prioritario es el consumo humano sin detrimento de su función ecológica.</p> <p>El Estado colombiano debe garantizar el acceso al agua, prevenir el deterioro ambiental y contaminante, velará por la protección, conservación, recuperación y manejo sostenible del recurso hídrico y de los ecosistemas.</p>
Proyecto de Acto Legislativo N° 14 de 2017 Senado-282 de 2017 Cámara	“Por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.”

Se intentó proteger una de las fuentes vitales del agua en áreas protegidas como los páramos, las áreas de reserva forestal, los humedales de importancia prohibiendo la explotación minera en los ecosistemas de páramos, mediante la Ley 1382 de 2010, que fue reglamentada por el Decreto número 2010, pero se declaró inexecutable por la Corte Constitucional por cuanto no se realizó consulta previa con las comunidades, dio tiempo de dos años para corregir procedimiento, lo que no se hizo.

### 2.7. EL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO AL AGUA

Estas disposiciones, las ha interpretado la Corte Constitucional (CC) conforme al artículo 93 C. P., a través del bloque de constitucionalidad, mediante el cual se entienden incorporados –en el ordenamiento jurídico colombiano– aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, como los mencionados antes.

Entre ellos la Corte Constitucional ha incorporado la Observación General Número 15 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU para el reconocimiento y la protección del derecho al agua desde la jurisprudencia constitucional vía acciones de tutela.

La Corte Constitucional ha determinado que cualquier persona, sin ser sujeto de especial protección, puede solicitar el amparo del derecho al agua por vía de tutela con motivo de la prestación del servicio público cuando:<sup>18</sup>

1. El agua que se reclama sea para consumo humano.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-279 de 2011, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

2. Derechos como la vida en condiciones dignas y la salud puedan verse afectados.
3. La persona haya realizado unas actuaciones mínimas ante la empresa prestadora del servicio que está conculcando el derecho respectivo.

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho al agua debe protegerse en los siguientes casos<sup>19</sup>:

1. Prestación intermitente o esporádica del servicio público que afecta derechos fundamentales.
2. Falta de calidad en el agua a la cual tiene acceso una comunidad.
3. Vulneración al acceso o disposición del agua en forma continua, debido a una deficiente prestación del servicio público.
4. Suspensión del acceso y la disponibilidad de agua en un estado de urgencia.
5. Generación de discriminación con respecto al acceso al agua.
6. Acceso al agua limitado y las autoridades que dejan de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para evitar que esa situación continúe.
7. Inadecuado servicio de alcantarillado que pone en riesgo los derechos fundamentales de las personas.
8. Inadecuado servicio de acueducto que pone en riesgo los derechos fundamentales de las personas.
9. Uso de los reglamentos, procedimientos o requisitos establecidos legalmente como obstáculos para justificar la violación del derecho al agua.

Por otra parte, en Sentencia C-983 de 2010, la Corte ha reiterado lo establecido en los artículos 332, 334, 360 y 80 de la Constitución Política, en cuanto a que el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables y en relación a la facultad de intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales y uso del suelo, así como sobre la planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales.

“La jurisprudencia constitucional colombiana, en el desarrollo del reconocimiento del derecho al agua como fundamental, ha pasado por dos momentos: la teoría de la conexidad y la autonomía del derecho, al punto de que solo en el año 2007 se reconoció el acceso al agua como un derecho fundamental”<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 2010, M. P.: María Victoria Calle Correa.

<sup>20</sup> M. Sutorius y S. Rodríguez, La fundamental del derecho al agua en Colombia, Derecho del Estado número 35, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2015, pp. 243-265. Doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n35.09>.



### Sobre la teoría de la conexidad:

- En la Sentencia T-578 de 1992 argumentó: “En principio, el agua constituye fuente de vida y la falta de servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP artículo 11), la salubridad pública (CP artículos 365 y 366), o la salud (CP artículo 49), es un derecho constitucional fundamental”.
- En la T-232 de 1993 la Corte considera procedente la acción de tutela para evitar la vulneración del derecho a la vida cuando este se pone en riesgo por la carencia de potabilidad del agua destinada para uso doméstico, resaltando que es el artículo 366 C.P. el que determina la priorización del agua para consumo humano.
- En la T-523 de 1994 la Corte define que el derecho a consumir agua potable se encuentra conexo al derecho a un ambiente sano.
- En la Sentencia T-270 de 2007 la Corte determinó que “los servicios públicos pueden ser reivindicados a través de la acción de tutela en la medida en que existe una relación de conexidad con algún derecho fundamental”<sup>21</sup>.
- En la T-749 de 2012 establece que la disponibilidad y accesibilidad a una cantidad mínima de agua potable siempre se debe conceder a un sujeto de especial protección para no afectar su vida en condiciones dignas y evitar una mayor desigualdad<sup>22</sup>.
- Por otra parte en la Sentencia C-150 de 2003 se condicionó el aval de exequibidad del artículo 130 de la Ley 142 de 1994, adicionado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001 y el artículo 140 de la misma norma, modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001, en el sentido de que las empresas prestadoras de servicios públicos se deben abstener de suspender el servicio cuando su consecuencia sea el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos de especial protección o la afectación de las condiciones de vida de la comunidad<sup>23</sup>.

“Por lo tanto, para determinar la afectación de un sujeto especialmente protegido, la Corte realiza un análisis caso por caso con el fin de encontrar un equilibrio entre la garantía del derecho fundamental al agua y la efectividad del sistema de prestación del servicio, respetando los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, algo que

es posible cuando los usuarios cumplen con sus obligaciones. Por estas razones, la jurisprudencia constitucional reconoce la importancia jurídica de involucrar a un sujeto de especial protección constitucional, quien se encuentra en una posición de debilidad manifiesta, como uno de los factores determinantes para definir la vulneración y el amparo del derecho fundamental al agua, sin que se afecte el principio de solidaridad con los demás contribuyentes desde la perspectiva del acceso”<sup>24</sup>.

Sin embargo, la teoría de la conexidad queda superada al reconocerse el derecho al agua como presupuesto para garantizar los demás derechos fundamentales.

### El reconocimiento como derecho autónomo:

- La Sentencia T-279 de 2011 sostiene el reconocimiento del derecho al agua como fundamental, conforme a la Observación General número 15, donde se hace énfasis en el hecho de que el agua para el consumo humano es un presupuesto para garantizar los demás derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, a un medio ambiente sano, al mínimo vital y a la dignidad humana, por lo cual se debe reconocer la relación indivisible entre el derecho al agua y otros derechos fundamentales.

“Así mismo, establece que los elementos del derecho al agua deben ser adecuados para la salud, la dignidad y la vida, sin embargo, afirma que los niveles de satisfacción pueden variar de acuerdo con diferentes factores que siempre deben estar presentes en el suministro del líquido, tales como:

- a) “La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo;
- b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico;
- c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la juris-

<sup>21</sup> Corte Constitucional, T-270 de 2007, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-749 de 2012, M. P.: María Victoria Calle Correa.

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-270 de 2007, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

<sup>24</sup> M. Sutorius y S. Rodríguez, La fundamental del derecho al agua en Colombia, *Derecho del Estado* número 35, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2015, pp. 243-265. Doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n35.09>.

dicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

- d) Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua;
- e) Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto;
- f) No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos;
- g) Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua<sup>25</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional presenta contradicciones, siendo una tendencia la tutela de derechos en sujetos de especial protección, cuando los mismos carecen de una cantidad mínima de agua para poder vivir en condiciones dignas. En la mayoría de estos casos la solicitud de protección tiene como hecho generador de la vulneración la falta de pago del servicio de acueducto y su desconexión a causa de la deuda por mora, problema que a simple vista resulta lógico, pues la sostenibilidad de los sistemas de acueducto y alcantarillado dependen de la recepción de los recursos para la potabilización del agua.

En la Sentencia T-242 de 2013, “La accionante estaba realizando un mal uso del líquido, desperdiçándolo y reconectándose múltiples veces de manera fraudulenta al mismo, causando así daños en las viviendas de sus vecinos”.<sup>26</sup> Sin embargo, en la decisión se toma en consideración que se trata de sujetos de especial protección y en la parte resolutive se garantiza una cantidad mínima para que los sujetos no se vean vulnerados en sus derechos fundamentales.

- En la T-348 de 2013, reconoce que el acceso al agua no puede negarse por la existencia de conexiones ilegales o fraudulentas,

las cuales deberán castigarse de alguna forma pero no privando de agua a la persona, y mucho menos si es un sujeto de especial protección.

- En la Sentencia T-424 de 2013 no se le reconoció el amparo del mínimo vital a la tutelante, aun cuando existen sujetos de especial protección, como lo son los tres menores hijos de la accionante, descargando sobre ella la carga de la prueba y no sobre la empresa.
- Por otra parte en la Sentencia C-35 de 2016 la Corte Constitucional dio un paso importante en la protección de los páramos como fuentes hídricas, declarando inconstitucional el parágrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 en las valoraciones la Corte estableció: “Ante la vulnerabilidad, fragilidad y dificultad de recuperación de los ecosistemas de páramo, el Estado tiene a su cargo la obligación de brindar una protección más amplia y especial, dirigida específicamente a preservar este tipo de ecosistema. Lo anterior no solo porque es un tipo de bioma que no es común en el mundo, sino también en razón de los importantes servicios ambientales que presta, sumado al hecho de que en la actualidad es un ecosistema sometido a intervenciones negativas o disturbios que afectan su pervivencia”<sup>27</sup>.

## 2.8. EL DERECHO AL AGUA EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL

### En las Naciones Unidas

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en noviembre de 2002, en su Observación General número 15 reconoce “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”<sup>28</sup>. El Comité DESC estableció el fundamento jurídico del derecho al agua en el ámbito internacional sobre la base de la normativa de los artículos 11 (derecho a un nivel de vida adecuado)<sup>29</sup>, y el artículo 12 (derecho de disfrutar del más alto nivel de salud posible)<sup>30</sup>,

<sup>27</sup> Sentencia C-35 de 2016, Magistrada Ponente GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

<sup>28</sup> ONU, Comité DESC, Observación General número 15, aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), párr. 3. Además, ver Folleto informativo número 35. “El derecho al agua” pág. 5.

<sup>29</sup> Artículo 11: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

<sup>30</sup> Artículo 12: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

<sup>25</sup> Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>26</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-242 de 2013, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

ambos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el “PIDESC”)<sup>31</sup>.

- **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)** -El párrafo 2° del artículo 14 señala que los Estados partes asegurarán a las mujeres el derecho a “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] abastecimiento de agua”<sup>32</sup>.
- La **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**. Artículo 28: “un nivel de vida adecuado” [...] y que estos deben asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable [...]”<sup>33</sup>.
- **Convención sobre los Derechos del Niño**, “en el párrafo 2° del artículo 24, sobre la base del derecho a la salud se requiere a los Estados que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre”<sup>34</sup>.
- La **Resolución No 64/292**<sup>35</sup>, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en julio de 2010, reconoció el derecho humano al agua y al saneamiento, señalando que el agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos<sup>36</sup>.
- La **Resolución A/HRC/15/L.14, del Consejo de Derechos Humanos** indica que la posibilidad de acceder al agua potable y a su saneamiento realiza el derecho a un nivel de vida, salud física y mental y la dignidad humana. Así mismo establece la resolución que es deber del Estado garantizar los derechos humanos y aunque haya depositado la responsabilidad en terceros de suministrar agua potable

y su saneamiento ello no se podría interpretar como eximición de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

- La **Resolución 24/18 de 2013 del Consejo de Derechos Humanos**: Recalcó que en virtud del derecho humano al agua potable y al saneamiento básico, estos deben ser garantizados sin ningún tipo de discriminación; además de indicar que el acceso al agua debe ser seguro, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. En relación con el saneamiento básico señaló igualmente sus criterios, debe ser inocuo, higiénico, seguro, aceptable, que proporcione intimidad y garantice la dignidad de las personas. Igualmente señaló que:

El Estado debe “adoptar medidas, tanto a nivel nacional como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente la plena efectividad del derecho al agua potable y el saneamiento por todos los medios apropiados, en particular la adopción de medidas legislativas, para dar cumplimiento a sus obligaciones en materia de derechos humanos”<sup>37</sup>.

Las Naciones Unidas en síntesis ha precisado tres obligaciones para los Estados, respetar, proteger y realizar:

- La obligación de respetar: Se refiere a que los Estados deben abstenerse de obstaculizar el goce del derecho al agua, igualmente abstenerse o no impedir la contaminación de las fuentes hídricas.
- La obligación de proteger, exige a los Estados proteger el agua de personas, industrias, proveedores y en general de cualquier sujeto que se niegue a atacar las normas de derechos humanos relacionadas con el agua.
- La obligación de realizar, consiste en la obligación del Estado de tomar iniciativas legislativas, administrativas, presupuestales o judiciales a favor del derecho humano del agua.

“En virtud de la obligación de realizar, los Estados deben también, progresivamente y en la medida que lo permitan los recursos disponibles, hacer extensivos los servicios de agua y saneamiento a los grupos vulnerables y marginados, aumentar la asequibilidad de los servicios de agua y saneamiento, y velar por una educación apropiada sobre el uso correcto del agua y los servicios de saneamiento, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir al mínimo el desperdicio”<sup>38</sup>.

<sup>31</sup> ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>32</sup> ONU, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), New York, 18 diciembre 1979.

<sup>33</sup> ONU, Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, artículo 28.

<sup>34</sup> ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>35</sup> ONU, Resolución 64/292, Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010. El derecho humano al agua y el saneamiento.

<sup>36</sup> En el momento de la votación, 122 estados votaron a favor y 41 se abstuvieron. La resolución fue presentada por Bolivia, país que en los últimos años ha estado a la delantera en la defensa de este derecho y que además ha incluido el derecho al agua en su Constitución. Ver, *Derecho humano al agua y al saneamiento: derechos estrechamente vinculados al derecho a la vida*, pág. 223.

<sup>37</sup> ONU, Consejo de Derechos Humanos, El derecho humano al agua potable y el saneamiento A/HRC/RES/24/18-8 de octubre de 2013. párr. 5.

<sup>38</sup> Folletos informativos sobre los derechos humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra, *El Derecho al Agua*, Printed at United Nations, Geneva ISSN 1014-5613 GE.10-14428 – March 2011 – 4,795.

**En las Américas:**

- **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, “la cual de conformidad a la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, constituye una fuente de obligaciones para todos los Estados miembros de la OEA, establece el derecho a la vida, a la integridad personal y el derecho de toda persona a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda... derechos que no pueden ser garantizados, si no se garantiza el acceso al agua.”<sup>39</sup>
- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**<sup>40</sup>.

“Todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales”

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

- **Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible** (Declaración de Johannesburgo) se contemplaron los siguientes compromisos:
  - “Nosotros, los representantes de los pueblos del mundo, reunidos en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en Johannesburgo (Sudáfrica) del 2 al 4 de septiembre de 2002, reafirmamos nuestro compromiso en pro del desarrollo sostenible”.
  - “Nos comprometemos a construir una sociedad mundial humanitaria y equitativa y generosa, consciente de la necesidad de respetar la dignidad de todos los seres humanos”.
  - “Por consiguiente, asumimos la responsabilidad colectiva de promover y fortalecer, en los planos local, nacional, regional y mundial, el desarrollo económico, desarrollo social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible”.
  - “Desde este continente, cuna de la humanidad, proclamamos, por medio del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y la presente Declaración, nuestra responsabilidad hacia nuestros semejantes, hacia las generaciones futuras y hacia todos los seres vivos”.
  - “Reconociendo que la humanidad se encuentra en una encrucijada, nos hemos unido resueltos a responder de manera positiva a la necesidad de formular un plan práctico y

concreto que nos permita erradicar la pobreza y promover el desarrollo humano”.

- “Estamos de acuerdo en que debe ser este un proceso inclusivo en el que han de intervenir todos los grandes grupos y gobiernos que han participado en la histórica Cumbre de Johannesburgo”.
- “Nos comprometemos a aunar esfuerzos, resueltos a salvar nuestro planeta, promover el desarrollo humano y lograr la prosperidad y la paz universales”.

**2.9. DERECHO AL AGUA EN OTROS PAÍSES:**

PAIS	CONTENIDO
Uruguay	Fue el primer país del mundo que reconoció constitucionalmente el derecho al agua y al saneamiento como un derecho humano. Se informa que la normativa uruguaya prioriza el uso del agua para consumo humano, como un punto de partida fundamental para la articulación de políticas públicas y la adopción de medidas para el aseguramiento de este derecho: El derecho humano al agua fue incorporado en la Constitución Nacional mediante la reforma que se realizara en el año 2004 <sup>41</sup> .
Ecuador	Reconoce este derecho a través de su constitución política de la siguiente manera “el derecho al agua es fundamental e irrenunciable”, el agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso “público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida” <sup>42</sup> .
Bolivia	El Estado de Bolivia introdujo en su constitución: Artículo 16 de la Carta Constitucional establece que “toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación”. Artículo 20 establece adicionalmente que: “toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable. Inciso segundo, es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias y que la provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria, con participación y control social. Artículo 373 del Capítulo Quinto sobre Recursos Hídricos, establece que el derecho al agua es un derecho “fundamentalísimo” para la vida <sup>43</sup> .

<sup>41</sup> Respuesta al cuestionario de la CIDH sobre “acceso al agua” en las Américas presentada por Uruguay, pág. 1. Además, del [Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento](#), Catarina de Albuquerque, Misión al Uruguay (13 a 17 de febrero de 2012) se desprende que la sociedad civil habría desempeñado un rol fundamental en la promoción del referéndum del año 2004 que condujo al reconocimiento del derecho al agua, el 64,61% de la población votó a favor del reconocimiento del agua y el saneamiento como derechos humanos y de su suministro exclusivo por parte de Estado.

<sup>42</sup> Poder Legislativo, [Constitución de la República de Ecuador](#), artículo 12.

<sup>43</sup> Respuesta al cuestionario de la CIDH sobre “acceso al agua” en las Américas presentada por el Estado Plurinacional de Bolivia, pág. 1. Ver, [Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia](#), artículo 373.

<sup>39</sup> CAPÍTULO IV. Acceso al agua en las Américas, una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2015.

<sup>40</sup> Suscrito por el Estado colombiano el día 21 de diciembre de 1966 y ratificado mediante Ley 74 de 1968.

PAIS	CONTENIDO
Honduras	Decreto Legislativo número 270-2012, el cual reformó el artículo 145 de la Constitución Nacional declaró el acceso al agua y saneamiento como un derecho humano.
Nicaragua	Artículo 105 de la Constitución Política, señala la obligación del Estado de promover, facilita y regular la prestación del servicio. Igualmente señala que es un derecho inalienable.
México	Consagra en su Constitución Política: “toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines”.
Argentina	La Argentina no incluye en la Constitución Nacional el derecho al agua como un derecho humano, pero en la normativa nacional y provincial prioriza este derecho y lo reconoce como un “derecho natural que corresponde a toda persona, inherente a su personalidad, de acceder al agua suficiente, saludable, aceptable, accesible y asequible” <sup>44</sup> .
Costa Rica	A través de decretos, normas administrativas y como política pública Costa Rica contempla el acceso al agua potable como un derecho humano inalienable y que debe ser garantizada constitucionalmente.
Italia	Mediante la Sentencia 259 de 1996 la Corte Constitucional del país señaló que es un derecho fundamental.



**CÁMARA DE REPRESENTANTES  
SECRETARÍA GENERAL**

El día 20 de julio de 2018 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 009 con su correspondiente exposición de motivos, por la honorable Representante *María José Pizarro*; honorable Senador *Gustavo Petro* y otros honorables Representantes y honorables Senadores.

El Secretario General,

*Jorge Humberto Mantilla Serrano.*

**PROYECTOS DE LEY**

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 007 DE 2018  
CÁMARA**

*por medio de la cual se incorporan al Título XII del Código Penal (ley 599 de 2000) disposiciones tendientes a combatir grupos armados organizados ilegales de cualquier tipo, incluyendo los denominados autodefensas; grupos de seguridad que ejecuten actos ilegales; paramilitares, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas u otras denominaciones equivalentes.*

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2018

Doctor

**JORGE HUMBERTO MANTILLA**

Secretario General

Cámara de Representantes

Ciudad

**Asunto: Radicación de Proyecto de ley número 007 de 2018 Cámara, por medio de la cual**

*se incorporan al Título XII del Código Penal (ley 599 de 2000) disposiciones tendientes a combatir grupos armados organizados ilegales de cualquier tipo, incluyendo los denominados autodefensas; grupos de seguridad que ejecuten actos ilegales; paramilitares, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas u otras denominaciones equivalentes.*

Respetado Secretario General:

En cumplimiento de nuestro deber constitucional y legal, y particular actuando en consecuencia con lo establecido en la Ley 5ª de 1992, en nuestra calidad de Congresistas de la República, radicamos ante su despacho, para que se inicie el trámite legislativo respectivo, el siguiente proyecto legislativo:

*Proyecto de ley, por medio de la cual se incorporan al Título XII del Código Penal (ley 599 de 2000) disposiciones tendientes a combatir grupos armados organizados ilegales de cualquier tipo, incluyendo los denominados autodefensas; grupos de seguridad que ejecuten actos ilegales; paramilitares, así como sus redes de apoyo,*

<sup>44</sup> Respuesta al cuestionario de la CIDH sobre “acceso al agua” en las Américas presentada por Argentina [Instituto Nacional del Agua], pág. 3.



implique las conductas allí señaladas, incurrirá por esta sola acción en pena de prisión de noventa y seis (96) meses a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.

**Artículo 5°.** Adiciónese un nuevo artículo 340E a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

**Artículo 340E. Apología del paramilitarismo.**

El que por cualquier medio de comunicación social u otro medio de divulgación colectiva o en reunión pública realice enaltecimiento, justificación, apoyo, incitación o propaganda del odio o la violencia contra defensores de derechos humanos, integrantes y/o movimientos sociales o políticos, minorías y grupos vulnerables, víctimas del conflicto armado interno, o de los delitos comprendidos en los artículos 340 a 340C de este Código, incurrirá en pena privativa de la libertad de (24) meses a cuarenta y ocho (48) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a trece (13) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.

**Artículo 6°. Vigencia y derogatoria.** La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

De los honorables Congresistas,

De los honorables congresistas,



### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Considerando que para reforzar las garantías en materia de seguridad pública y la administración de justicia, se debe dotar al sistema judicial de herramientas legales para dismantelar las estructuras económicas y políticas que sostienen el actuar paramilitar por medio de la tipificación de las conductas relacionadas con la conformación de grupos civiles armados organizados ilegales de cualquier tipo, incluyendo los denominados autodefensas, grupos de seguridad que ejecuten actos ilegales, paramilitares, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas, grupos de seguridad ilegales u otras denominaciones equivalentes.

Teniendo en cuenta que el artículo 22 de la Constitución Política establece que la paz es un

derecho y deber de obligatorio cumplimiento y que en la búsqueda de una paz estable y duradera y la terminación definitiva del conflicto armado, el Gobierno nacional suscribió el 24 de noviembre de 2016 con el grupo armado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP) un nuevo Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, donde se acordó el Punto 3.4. “Acuerdo sobre garantías de seguridad y lucha contra las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo”.

En cumplimiento de este fin, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera incluye el compromiso de adoptar medidas para el esclarecimiento del fenómeno del paramilitarismo que se establece en los puntos 2.1.2. y 3.7 del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, en complemento a lo acordado en el Punto 5 de Víctimas.

### 1. ANTECEDENTES

El Gobierno nacional en cumplimiento del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, especialmente en lo establecido en el punto 3.4, se comprometió, entre otros, a “poner en marcha el proceso legislativo necesario para incorporar a la Constitución la prohibición de la promoción, organización, financiación o empleo oficial y/o privado de estructuras o prácticas paramilitares y a desarrollar las normas necesarias para su aplicación, que incluirán una política de persecución penal, sanciones administrativas y disciplinarias”.

Así, nació la necesidad de incorporar la prohibición del paramilitarismo en la Constitución Política como carácter prolongado de un fenómeno que ha funcionado históricamente como uno de los instrumentos de la discriminación por motivos de las opiniones políticas y acciones de reivindicación de derechos. Es una necesidad que nace también del impacto que, a lo largo de varias décadas, ha generado en términos humanitarios y económicos la producción masiva de víctimas de exterminio, terror y destierro; y en términos políticos por el daño a bienes jurídicos que son pilares de una sociedad democrática como el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, las libertades de asociación, conciencia, expresión y difusión del pensamiento, opinión, reunión y manifestación pública y pacífica.

El resultado de lo anterior, se materializó en la aprobación y posterior sanción del proyecto

de Acto Legislativo 05 del 29 de noviembre de 2017 “*Por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado*”, en donde se adiciona el artículo 22A a la Constitución Política con el propósito de prohibir los grupos armados organizados, incluyendo los denominados autodefensas, paramilitares, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas, grupos de seguridad con fines ilegales u otras denominaciones equivalentes”.

## 2. OBJETIVO

El presente proyecto de ley tiene por propósito implementar el acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito el 24 de noviembre de 2016, entre el Gobierno nacional y la extinta guerrilla de las FARC-EP, en especial, lo dispuesto en el punto 3.4 sobre garantías de seguridad y lucha contra las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo.

En ese sentido y con el propósito de articular las distintas instancias que se crearon en el marco del punto 3.4 del Acuerdo Final se propone crear cinco nuevos tipos penales que tipifican la conducta del paramilitarismo, propuesta que fue trabajada conjuntamente en una Mesa de Trabajo conformada por diversas organizaciones sociales y de derechos humanos.

## 3. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades otorgadas por el Decreto 121 de la Constitución, expidió el Decreto 3398 en diciembre de 1965, el cual estableció la obligación de cooperación de todas las personas naturales y jurídicas en la defensa nacional y autorizó la entrega de armas de uso privativo de las fuerzas militares a civiles: “El Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de sus comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas”. Asimismo, habilitó la participación de civiles en las tareas que fortalecieran la seguridad interior a través de organizaciones como el servicio de defensa civil, el cual planteaba un sistema de protección prestado por civiles en coordinación con las autoridades militares para menguar o prevenir los daños ocasionados por las perturbaciones del orden público.

Con ponencia del Magistrado Aníbal Cardozo Gaitán, la Corte Suprema de Justicia declaró exequible dicho decreto (a excepción de un aparte del artículo 34).<sup>1</sup> Y en diciembre de 1968, mediante la promulgación de la Ley 48, se adoptó como legislación permanente la mayoría de las disposiciones de dicho decreto legislativo. Según

quedó consignado en uno de los informes de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos ante la Comisión de Derechos “Dentro de este marco, miembros de las fuerzas armadas dotaron de armamento, entrenaron y prestaron apoyo logístico a estos grupos para apoyar a la fuerza pública en zonas de conflicto. Algunas personas que veían amenazados sus intereses vieron con buenos ojos la creación de las “autodefensas”, y apoyaron sus actividades”.<sup>2</sup>

El estudio de la guerra de guerrillas llevó a identificar diversos tipos de acciones para la lucha contra los grupos guerrilleros, dentro de las cuales se contaban las “acciones sociológicas” como la “organización de la población” en dos tipos de estructuras la defensa civil y la autodefensa como mecanismo de integración de los esfuerzos de la población en la defensa nacional.<sup>3</sup> Para la organización de la autodefensa cuyo propósito era defenderse contra agresiones armadas se aconsejaba, entre otros adoctrinamiento, instrucción y entrenamiento, suministro de armas y municiones.<sup>4</sup>

Los manuales militares de combate contra-guerrillas incluyeron disposiciones para “organizar en forma militar a la población civil para que se proteja contra la acción de las guerrillas y apoye la ejecución de operaciones de combate”.<sup>5</sup> En 1969, las juntas de autodefensa fueron definidas de la siguiente manera:

- “(1) La Junta de autodefensa es una organización de tipo militar que se hace con personal civil seleccionado de la zona de combate, que se entrena y equipa para desarrollar acciones contra grupos de guerrilleros que amenacen el área o para operar en coordinación con tropas de acciones de combate.
- (2) La junta de autodefensa se puede organizar en áreas en donde no se han presentado problemas de violencia para prevenir la formación de grupos armados, o donde se han destruido movimientos insurgentes para darle capacidad a la misma/población civil de rechazarlos en caso de que se vuelvan a presentar.

<sup>2</sup> OACNUDH, Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, al 54 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1998/16 9 de marzo de 1998, E/CN.4/1998/16

<sup>3</sup> CABRERA, Jaime y GALVIS, Alirio, *et al.* (oficiales de caballería), “Sociología de las guerrillas marxistas (conclusión)”, en: revista del Ejército, vol. 7, núm. 31, diciembre de 1967, p. 521.

<sup>4</sup> CABRERA, Jaime y GALVIS, Alirio, *et al.* (oficiales de caballería), “Sociología de las guerrillas marxistas (conclusión)”, en: revista del Ejército, vol. 7, núm. 31, diciembre de 1967, p. 521.

<sup>5</sup> COMANDO DEL EJÉRCITO, Reglamento de combate contraguerrillas (EJC 3-10 Reservado), Disposición 005 del 9 de abril de 1969, p. 316.

<sup>1</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – Sala Plena, Sentencia del 12 de abril de 1967, En: Gaceta Judicial, tomos CXX-CXXI-CXXII-CXXIII, Bogotá, Imprenta Nacional, 1982, pp. 66-70.



- (3) La organización de junta de autodefensa debe hacerse con individuos escogidos y en áreas en donde se tiene absoluta certeza de que no se presentarán problemas mayores con el entrenamiento y entrega de armamentos.
- (4) Una red de juntas de autodefensa, controladas por el Mando militar, representa un instrumento poderoso para la defensa de la nación contra ataques exteriores o interiores. Su organización debe, por lo tanto, estar bajo la dependencia militar en todo momento”.

En 1982, el Manual combate contra bandoleros y guerrilleros definió respecto a las juntas de autodefensa que “Organizarlas, instruir las y apoyarlas debe ser un objetivo permanente de la Fuerza Militar donde la población es leal y se manifiesta agresiva y decidida contra el enemigo. Con adecuada acción psicológica se logra la integración de la población, especialmente en las áreas de gente resentida con los bandidos, donde se les exigen cuotas, se les ha boleteado y ordenado desocupar y se les amenaza constantemente”<sup>6</sup>.

Entre finales de la década del setenta y comienzos del ochenta, en un contexto afectado de manera creciente por el fenómeno del narcotráfico, empezaron a hacer irrupción organizaciones de civiles armados que fueron conocidas como grupos de autodefensa. Entre las primeras se cuentan Los Escopeteros, las Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá y Muerte a Secuestradores. Según sentencias proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el marco de la Ley 975 de 2005, la segunda de estas organizaciones fue impulsada por el Batallón Bárbula del Ejército y autoridades civiles con ganaderos, comerciantes afectados por la extorsión y el secuestro guerrillero<sup>7</sup>; la tercera, con participación de narcotraficantes, se convirtió en un grupo élite que “que gracias al apoyo militar de estos grupos ilegales del Magdalena Medio, fueron instruidos y entrenados en estrategias castrenses”<sup>8</sup>.

Este tipo de agrupaciones actuaron contra las organizaciones guerrilleras, pero sobre todo contra la población civil clasificada como insurgente. Su victimización descansaba en la premisa según la cual dicha población participaba

directa o indirectamente de las hostilidades, era elemento de seguridad o refugio, fuente de apoyo y reclutamiento, de inteligencia y suministros. Su victimización estaba concebida como una forma de debilitar a las fuerzas guerrilleras, pues de ella dependía su supervivencia.

En medio de la agudización de la violencia contra campesinos, dirigentes cívicos y activistas políticos y tras la masacre de La Rochela—atribuida a grupos paramilitares por el Procurador Delegado para los Derechos Humanos—, el 20 de febrero de 1983 la Procuraduría General de la Nación y un grupo de jueces de instrucción criminal presentaron un informe público sobre el MAS. Al referirse a los procesos penales adelantados contra dicha organización, el ministerio público informó sobre la existencia de cargos suficientes para vincular procesalmente 163 personas, de las cuales 59 eran miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas. La controversia con el ejecutivo y las fuerzas militares rodeó la publicación de dicho informe.

En el segundo quinquenio de los ochenta, el proceso de organización de este tipo de asociaciones se difundió en varias regiones del país y con ello la violencia selectiva contra movimientos campesinos, sindicales y estudiantiles y el uso de la masacre de campesinos como mecanismo de terror. El Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1993, presenta un listado de 159 organizaciones que actuaban o habían actuado en el país en un lapso de diez años<sup>9</sup>.

En ese periodo inició el proceso de exterminio de la Unión Patriótica, la cual había sido fundada en marzo de 1985 como producto de los Acuerdos de la Uribe suscritos por un año antes el Gobierno de Belisario Betancur Cuartas y las FARC. Ese proceso, que marcaría la historia de la democracia colombiana, estuvo precedido por una controversia pública sobre el proselitismo armado y las responsabilidades sobre la violación de la tregua (acogida también por otros grupos guerrilleros), así como por las críticas al proceso de paz. Respecto al exterminio de dicho partido, uno de los combatientes paramilitares explicó posteriormente: “Todo el mundo sabe que la UP era un partido político creado por las FARC y dirigido por las FARC, por eso se ajusticiaron a muchos de sus miembros [...]. Nosotros le dábamos muerte a estas personas por su vinculación a la guerrilla y no por su pertenencia al partido comunista o la UP [...] Hay que reconocer que la sola pertenencia a la UP era un motivo para dar de baja a los miembros de este partido”<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> COMANDO DEL EJÉRCITO, Manual combate contra bandoleros y guerrilleros (EJC-3-101 Reservado), Disposición 00014 del Comandante del Ejército, Mayor General Bernardo Lema Henao, junio 25 de 1982, p. 84.

<sup>7</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala de Justicia y Paz, Sentencia del 9 de diciembre de 2014, Magistrado Ponente: Rubén Darío Pinilla Cogollo (Radicado 110016000253-2006-82611), p. 25 y ss.

<sup>8</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala de Justicia y Paz, Sentencia del 27 de agosto de 2014, Magistrado Ponente: Juan Guillermo Cárdenas Gómez (Radicado 110016000253 2008 83241), p. 26.

<sup>9</sup> OEA-CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* [en línea]. OEA/Ser.L/V/II.84, doc. 39 rev., 14 de octubre de 1993. Disponible en: [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org), consultado el 20 de enero de 2006.

<sup>10</sup> Versión libre de Éver Veloza García, alias “HH”, ante los fiscales de Justicia y Paz, Medellín, 9 de junio de 2008.

En 1992, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-439 en la cual conceptuó que “los integrantes de minorías políticas ostentan la condición de civiles que pueden verse afectados con ocasión de las actividades militares” y ordenó tutelar los derechos políticos de partidos minoritarios, en especial los surgidos de procesos de desmovilización. Pese a dicha orden, el exterminio de la Unión Patriótica siguió su curso.

En la medida en que estaba en juego el establecimiento de las responsabilidades, se hizo hegemónica la hipótesis sobre la pluralidad de las violencias y la crítica al supuesto sobredimensionamiento de la violencia política. Pero, también se acuñaron expresiones como “guerra sucia” que entrañaba una discusión sobre la ética de los medios en la guerra y aludía, veladamente, a la conformación de grupos paramilitares, las operaciones encubiertas de los organismos de seguridad y la victimización de civiles (en particular dirigentes políticos, sociales y sindicales, activistas de derechos humanos, periodistas y jueces) mediante homicidios selectivos, desapariciones forzadas y atentados a la integridad física con la finalidad de generar terror. En ese marco expresiones como grupos de justicia privada, escuadrones de la muerte, grupos de limpieza social y fuerzas oscuras fueron los recursos retóricos que sirvieron a la negación del fenómeno paramilitar al tiempo que registraban la complejidad de su composición y función.

No obstante, en 1989, el artículo 1° de la Ley 48 de 1968 que adoptó como legislación permanente el Decreto 3398 fue demandado ante la Corte Suprema de Justicia por el ciudadano William Fernando León Moncaleano. Dicha demanda tuvo como antecedente un proyecto de ley presentado por el Senador Horacio Serpa Uribe y que pretendía la derogatoria de los artículos 25 y 32 y el parágrafo 3° del artículo 33 de dicho decreto.

La Corte no encontró inconformidad entre la Carta Constitucional y gran parte de los artículos demandados, los cuales establecían las definiciones de defensa nacional, el deber de las personas jurídicas y naturales de participar y cooperar para garantizar la independencia nacional y la estabilidad de las instituciones. Sin embargo, a su juicio, el parágrafo 3 del artículo 33 de la norma contravenía el artículo 48 de la Carta Política, según el cual “sólo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra. Nadie podrá dentro del poblado llevar armas consigo, sin permiso de la autoridad. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de asambleas o corporaciones públicas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas”.

La Corte declaró la inexecutable de dicho parágrafo argumentando que esa disposición constitucional obedecía a la “necesidad de establecer el monopolio de las armas de guerra,

en cabeza del Gobierno, que es el responsable de mantener el orden público y restablecerlo cuando fuere turbado”. El alto tribunal recordó entonces que al ser el Gobierno el único titular de dicho monopolio y estando la fuerza pública constituida solo por el Ejército, la policía y la milicia nacional según el artículo 166 y 167 de la Constitución Política de 1886, no era permitido que ninguna otra persona o grupo detentara ese tipo de armas. Asimismo, subrayó que se trataba de una fórmula histórica concebida para superar los “conflictos que afectaron las relaciones civiles entre los colombianos”<sup>11</sup> y que mantenía su validez en el escenario de violencia que afectaba al país en ese momento.

El alto tribunal advirtió que “La interpretación de estas normas ha llevado la confusión a algunos sectores de la opinión pública que pretenden que ellas pueden ser aprovechadas como una autorización legal para organizar grupos civiles armados. La actividad de estos grupos se ubica al margen de la Constitución y de las leyes, pues se convierten en grupos criminales que contribuyen con su presencia a agravar la situación de orden público, por su carácter retaliatorio y agresivo y su pretensión de sustituir la acción legítima del Ejército, la Policía Nacional y de los organismos de seguridad del Estado, que son las autoridades a cuyo cargo se encuentra la función exclusiva del restablecimiento del orden público, bajo la dirección y mando del Presidente de la República, según las voces insoslayables de la Constitución Nacional”.

En concordancia con ello, la Corte estableció la diferencia entre la Defensa Nacional y los llamados grupos de autodefensa. Mientras la primera es una institución reglamentada por la ley, organizada y controlada por la autoridad constitucional que busca servir a los fines de la normalidad institucional, el grupo de autodefensa “no tiene respaldo legal y ni es organizado por la autoridad pública. No guarda vinculación ni ligamen con la Defensa Nacional, no por su origen, ni por su actividad y fines. El hecho que sea convocado y organizado por sus propios integrantes y su falta de autorización legal lo lleva a la violación de las normas constitucionales y penales”.

Por su parte, en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 121 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto 1038 de 1984, el Presidente de la república expidió el Decreto Legislativo 1194 de 1989 a través del cual dispuso “quien promueva, financie, organice, dirija, fomenta o ejecute actos tendientes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada,

<sup>11</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “Sentencia 22 del 25 de mayo de 1989”, en: Gaceta Judicial, Tomo CXCVH Número 2436, Bogotá, Imprenta Nacional, p. 219.

equivocadamente denominados paramilitares, será sancionado por este solo hecho con pena de prisión”.

No obstante, esta decisión de la Corte y el decreto legislativo, pocos años después la Comisión Interamericana advirtió que había un sector de la sociedad que “consideraba que la supresión de las autodefensas vulneraba su seguridad y dejaba indefenso a un importante sector civil, fundamentalmente el productivo, ya que era evidente que el Estado no tenía capacidad para asumir el papel que las autodefensas venían cumpliendo en defensa de los empresarios, agricultores, ganaderos, industriales, y demás grupos económicos del país”. Asimismo, puntualizó que “No obstante las disposiciones legales que prohibieron la formación de grupos privados armados de autodefensa o paramilitares, muchos de estos grupos han continuado existiendo, aunque ahora sin el apoyo legal abierto que tenían antes de 1989. Algunos pocos entregaron sus armas y se acogieron a las normas que en 1990 les permitieron hacerlo, quedando con sentencias suspendidas por la pertenencia a grupos armados ilegales y por el porte de armas”<sup>12</sup>.

El caso referido por la Comisión es el de la organización armada conocida bajo las denominaciones de los Tangueros, formada aproximadamente en 1985 y conocida por las masacres que empezó a ejecutar en 1988. En el marco del proceso de paz con el EPL, dicha organización, que llegó a presentarse también como Movimiento Nacional de Autodefensas Campesinas, hizo un acto público de dejación de armas el 26 de noviembre de 1990, sin que se aplicaran los decretos de sometimiento a la justicia de la época. La Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín ha señalado que “A pesar de la existencia del Decreto 1194 de 1989 y otras normas que sancionaban el concierto para delinquir, la conformación y pertenencia a grupos paramilitares y de justicia privada y las conductas cometidas por estos, ni Fidel Castaño, ni sus hombres fueron amnistiados, ni fueron investigados, juzgados o sancionados”. Según dicho tribunal “Aunque el grupo entregó una considerable cantidad de armas, dejó buena parte de ellas y un número indeterminado de hombres para efectos de seguridad”. Tampoco “hubo un proceso total y efectivo de desmovilización, desarme y reintegración, ni se dismantelaron íntegramente las estructuras de tales grupos, ni hubo algún tipo de justicia y rendición de cuentas”.

En medio de la continuidad de la violencia contra la población civil en distintas zonas del país,

se creó un nuevo marco legal para la vinculación de los civiles a la defensa y seguridad nacional. Primero se expidió el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada (Decreto 356 del 11 de febrero de 1994) y, luego, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada expidió la Resolución 368 de 1995 que dio lugar a organización de cooperativas de seguridad conocidas como Convivir. Muchos de estos organismos privados cumplieron no solo tareas de información sino que también tomaron parte activa en operaciones militares, de inteligencia y contrainteligencia con fines contrainsurgentes y tributación forzada. El armamento (armas cortas y largas) y el material de intendencia fueron provistos por las Fuerzas Militares, y los recursos financieros emanaron de fuentes privadas (legales e ilegales).

La creación de las Cooperativas de Vigilancia y Seguridad Privada coincidió con un proceso de reorganización del paramilitarismo que condujo primero a la formación de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU) en 1994 y de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en 1997, como una confluencia de varios grupos paramilitares y otro tipo de organizaciones delincuenciales. Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín ha explicado que “la estrategia del Estado y las Fuerzas Militares dirigida a crear y fomentar las Convivir, a través de las cuales se vinculaba a los civiles al conflicto armado, los vínculos de la Fuerza Pública con los grupos paramilitares y los escuadrones de la muerte, la presencia y articulación del narcotráfico con dichos grupos, el apoyo que les brindaban ganaderos, comerciantes y otros sectores privados, la existencia de grupos de justicia privada creados por estos en Córdoba y la adopción e implementación del modelo que se había desarrollado en el Magdalena Medio van a constituir los pilares sobre los cuales se van a crear y levantar las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá” (p. 138).

De acuerdo con el Tribunal, la creación de dichas Cooperativas “marcó un momento importante no solo en términos de seguridad, vigilancia y control social, sino de militarización de la sociedad en función de la lucha contrainsurgente, pues lo que normalmente hacían estos grupos era combinar la conformación de frentes de seguridad rural, con acciones tipo comando o sicarial contra los blancos de sus ataques: dirigentes políticos de izquierda, sindicales, estudiantiles y demás sectores de la población civil”<sup>13</sup>. Dicho modelo, ha concluido el Tribunal, “mutó gradualmente hasta fusionarse con el paramilitarismo, promoviendo su consolidación e incluso su expansión. Es por eso que no es posible referir el contexto de la

<sup>12</sup> OEA-CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* [en línea]. OEA/Ser.L/V/II.84, doc. 39 rev., 14 de octubre de 1993. Disponible en: [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org), consultado el 20 de enero de 2006.

<sup>13</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala de Justicia y Paz, Sentencia del 23 de abril de 2015, Magistrado Ponente: Rubén Darío Pinilla Cogollo (Radicado 110016000253-2006-82689), p. 47.

consolidación de este último sin referirnos a la figura de las Convivir”.

En el marco de la expansión paramilitar y las denuncias ciudadanas sobre el papel de dichas cooperativas en la generación de violencia contra la población civil, el Decreto 356 de 1994 fue demandado. En Sentencia C-572 del 7 de noviembre de 1997, el alto tribunal recordó que el artículo 223 de la Constitución “autoriza, excepcionalmente, la tenencia y el porte de armas de uso civil (artículo 10 del Decreto 2535 de 1993) y de armas de uso restringido (artículo 9° ibídem), a los particulares. Además, en ningún caso y por ningún motivo puede autorizarse la tenencia y porte de armas de guerra, o de uso exclusivo de la Fuerza Pública, a los particulares”<sup>14</sup>.

En su decisión, la Corte reconoció que el Estado puede delegar la prestación del servicio público de seguridad y vigilancia en los particulares y en las comunidades organizadas; el derecho de la comunidad a organizarse para defenderse de la delincuencia y apoyar a las autoridades legítimas, con sujeción a las leyes; el Estado no puede utilizar los servicios de vigilancia y seguridad prestados por particulares para involucrar a la población no combatiente en el conflicto. Asimismo, recordó que las tareas de inteligencia están reservadas a los organismos del Estado y no pueden ser delegadas y que el personal de los servicios de vigilancia y seguridad privada “no puede ser adiestrado en tácticas ni técnicas militares, ni puede tener la organización de los cuerpos armados del Estado”.

El Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ante la Comisión de Derechos Humanos en 1998 advertía:

“El problema del paramilitarismo se ha tornado aún más complejo con la existencia de grupos de civiles armados que, con autorización legal, realizan actividades análogas a las de la fuerza pública. Mediante el Decreto Extraordinario número 356 de 1994 se establecieron los “servicios especiales de vigilancia y seguridad privada” cuyos miembros quedaron facultados para promover su propia seguridad en áreas de alto riesgo y para emplear armas de guerra. Así nacieron las asociaciones “Convivir”, hoy privadas de tal nombre, que en nada han contribuido a clarificar las relaciones entre el Estado y el fenómeno paramilitar. En la práctica, para quienes observan la situación de los derechos humanos en el país, resulta muy difícil distinguir las acciones de los grupos paramilitares de aquellas de algunas asociaciones, “Convivir” pues entre ellas se dan, en numerosos casos, relaciones de coincidencia, convergencia, complementariedad y suplantación. Las víctimas de tales acciones son incapaces de distinguir a qué grupos pertenecen sus autores, y hablan indistintamente de los “paracos” (paramilitares

en lenguaje popular) o de “los de la Convivir”. Informaciones fidedignas recibidas por la Oficina dan cuenta de la participación en asociaciones “Convivir” de reconocidos paramilitares, algunos con órdenes de captura pendientes”<sup>15</sup>.

Estas estructuras esgrimieron como justificación el derecho a la autodefensa colectiva con respecto a la agresión guerrillera y la desprotección del Estado y públicamente fueron reconocidas como autodefensas y no como organizaciones paramilitares. Sin embargo, para que el ejercicio de la violencia tenga la calidad de defensa propia debe cumplir varios requisitos. Primero, la intención debe ser defenderse a sí mismo, más que procurar de forma predeterminada asesinar al otro. Segundo, el derecho de autodefensa se encuentra referido sólo al propio cuerpo, de modo que no es legítimo proceder en defensa armada de los demás. Tercero, la respuesta debe ser proporcional al fin, es decir, no se puede usar más violencia de la necesaria. Cuarto, el derecho de autodefensa se deriva estrictamente del principio de autopreservación y no de la injusticia o mala conducta del agresor, lo cual significa que proceder en concordancia con estos últimos le otorga un carácter punitivo y no defensivo a la acción. Quinto, sólo constituye un acto de defensa anticiparse y precaverse ante un peligro inminente, lo cual indica que una réplica violenta después de ocurrida la agresión es un acto punitivo o vengativo, y que una acción violenta como producto del miedo a un peligro de incierta posibilidad constituye, por el contrario, una acción preventiva. Sexto, dar muerte al otro en defensa es legítimo siempre que el peligro inminente no pueda ser evitado por otros medios, es decir, solo si es el único medio disponible para preservar la propia seguridad.

La acción de las distintas estructuras que formaron las AUC estuvo orientada fundamentalmente contra la población civil, según consta en los distintos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, entre otros organismos. En este proceso la teoría del apoyo de la población civil y la noción de la “población civil insurgente” tuvieron un papel rector para las acciones y discursos de todas las fracciones que conformaron las AUC. En un comunicado de estas publicado en 1997 y citado en el Tercer Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia, señalaron que los civiles eran blancos legítimos.

“[E]s una guerra de movimientos que como tal, exige una relación muy estrecha entre los grupos de acción y la población civil, hasta el extremo de afirmarse que todos los habitantes de una región dominada por cualquiera de los bandos,

<sup>14</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-572 del 7 de noviembre de 1997.

<sup>15</sup> OACNUDH, Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, al 54 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1998/16 9 de marzo de 1998, E/CN.4/1998/16.

son potencialmente combatientes, bien en su condición de simpatizantes activos, los cuales no toman parte directa en el conflicto pero sí asumen la decisiva responsabilidad de transmitir órdenes e informaciones, suplir líneas de comunicación, proveer abastecimientos de toda índole, infiltrar al enemigo, ‘recaudar’ fondos, ejercer el comisariato político, etc.; y servir, además, como conexión entre los grupos de acción y la población. Y los simpatizantes pasivos que asumen la tarea de no ver nada, no oír nada y especialmente, no saber nada. Su conducta está impulsada por el miedo, la presión psicológica, el chantaje, la conveniencia o por una inconfesable y no declarada simpatía. Estas dos últimas razones generalmente acompañan a los simpatizantes civiles que dedicados a la actividad comercial proveen los suministros (alimentos, medicamentos, calzados, útiles de aseo, ropa interior, instrumentos personales, etc.) Y, a quienes voluntariamente subvencionan gastos que podríamos denominar como de “caja menor”<sup>16</sup>.

Al ser concebida como parte constitutiva del enemigo, dicha población se convirtió en el blanco fundamental de las distintas formas de violencia como fin y también como medio para lograr el aislamiento y debilitamiento de las fuerzas guerrilleras. Bajo esa premisa la búsqueda se orientó a universidades, sindicatos, organizaciones de derechos humanos, organizaciones campesinas, poblados y veredas con incidencia guerrillera, etc. El recurso a las masacres y ejecuciones selectivas, previa tortura de las víctimas, la desaparición forzada, el descuartizamiento u otras formas de violencia expresiva, los controles ilegales a la libertad de circulación, la violencia sexual, la destrucción de bienes civiles, entre otros, fueron parte del repertorio de acción que provocó el desplazamiento forzado de millones de ciudadanos, fundamentalmente campesinos, y sentó las bases para el despojo por parte de las estructuras paramilitares.

El proceso de formación, expansión y operación de las estructuras paramilitares, cuya mayor extensión e intensidad tuvo lugar entre 1997 y 2003, contó la financiación, apoyo, tolerancia y legitimación por parte de sectores económicos, políticos e institucionales, como lo han documentado las distintas sentencias de los Tribunales de Justicia y Paz. El Consejo de Estado, en sentencia junio 26 de 2014 (Expediente 26.029), manifestó que “La jurisprudencia de la Corte IDH, jalonada por el trabajo de los defensores de derechos humanos, ha podido desvelar y comprobar, en distintos períodos y contextos geográficos, la existencia de vínculos entre miembros de las fuerza pública y grupos

paramilitares. De acuerdo a lo determinado en esos casos, ese vínculo habría consistido en: i) acciones concretas de colaboración o apoyo, o en, ii) omisiones que permitieron o facilitaron la comisión de graves delitos por parte de actores no estatales” (párrafo 30, página 38).

En la sentencia, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito de Medellín señaló el papel del periodismo en la propagación y consolidación del paramilitarismo. La influencia lograda por dicho fenómeno la atribuyó a los niveles de legitimación y aceptación social. Refiriéndose al caso de Córdoba, dicho tribunal juzga que

“238. La revisión de los registros de prensa aportados por la Fiscalía y las numerosas entrevistas y reportajes publicados en *El Meridiano* de Córdoba permiten vislumbrar los aportes hechos a través de la prensa a la legitimación de este fenómeno como un medio social, política y militarmente necesario ante las omisiones del Estado y la relación entre dicho periódico y los grupos paramilitares, en especial el Bloque Córdoba.

239. La aceptación y/o legitimación del fenómeno paramilitar en el departamento de Córdoba hizo parte de las estrategias de control social que ejerció el grupo. Sin embargo, uno de los aspectos más preocupantes es que este control no se hizo solo a través de las armas y la violencia indiscriminada contra la población, sino también del acceso y manipulación de la información a través de los medios de comunicación, uno de los poderes más determinantes en la formación de la opinión pública”<sup>17</sup>.

Asimismo, el proceso de expansión y operación de las AUC encontró una condición favorable en las relaciones políticas que han sido documentadas en una serie de Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, las cuales dan cuenta de las relaciones de cooperación y coordinación con agentes políticos (de diverso nivel de representación e influencia) dentro de un esquema de beneficio mutuo. Este tipo de relaciones empezaron a ser identificadas a partir de lo que fue denunciado como una interferencia del aparato armado en varias jornadas electorales desde 2000 en distintos departamentos. Distintas sentencias judiciales han referido la existencia de relaciones entre líderes políticos y el grupo armado ilegal, que dieron lugar a acuerdos electorales donde aquellos desarrollaban su actividad con el aval de los armados.

En 2003, luego de un ciclo de escalamiento de la violencia paramilitar, el Gobierno nacional acordó con las AUC un proceso de desmovilización de las distintas estructuras que la componían. Como lo

<sup>16</sup> OEA-CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* [en línea]. OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999. Disponible en el sitio: [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org), consultado el 20 de enero de 2006, párrafo 50.

<sup>17</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala de Justicia y Paz, Sentencia del 23 de abril de 2015, Magistrado Ponente: Rubén Darío Pinilla Cogollo (Radicado 110016000253-2006-82689), p. 128-129.

registra la Red Nacional de Información, a partir de ese año se produjo un cambio cuantitativo importante en los indicadores de violencia, que permite inferir el mayor peso de la violencia paramilitar en ese periodo. Sin embargo, antes de que concluyeran las desmovilizaciones colectivas se empezaron a advertir nuevas estructuras armadas que comenzaban a operar en aquellas zonas supuestamente abandonadas por las facciones de las AUC en proceso de desarme y reintegración.

Finalizado ese proceso, inició una nueva etapa en el proceso de reorganización. El informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló en 2006 que “a pesar de haberse completado el ciclo de desmovilizaciones acordadas con las AUC, los informes emitidos por la Secretaría General durante el año 2006 dan cuenta de la existencia de grupos vinculados a los bloques de las AUC que no se han plegado a la desmovilización, el reagrupamiento de desmovilizados en bandas delincuenciales, e incluso de la aparición de nuevos actores armados y/o el fortalecimiento de algunos ya existentes, en zonas despejadas por grupos desmovilizados”<sup>18</sup>.

En el mismo sentido, la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), en el sexto informe trimestral (marzo de 2006) registró varias situaciones posteriores a la desmovilización de las AUC que podían considerarse indiciarias del comienzo de una nueva fase en el conflicto armado y que replantearía los escenarios de riesgo para la población civil así como los desafíos en materia de protección para el Estado. Dentro de las situaciones identificadas en ese momento por la Misión se contaban: 1) reagrupamiento de desmovilizados en “bandas delincuenciales” que ejercen control sobre comunidades específicas y economías ilícitas; 2) existencia de reductos que no se han desmovilizado y que hacían parte orgánica de las estructuras de los bloques desmovilizados; 3) aparición de nuevos actores armados y/o fortalecimiento de algunos ya existentes en zonas dejadas por grupos desmovilizados.

En 2007, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) llamó la atención sobre la complejidad del fenómeno y su impacto sobre la población civil. En su perspectiva la denominación de bandas criminales —que acoge esa interpretación sobre la naturaleza exclusivamente criminal y codiciosa— no recogía “en su totalidad la complejidad, variedad, pluralidad y riesgo del fenómeno” (2007, párrafo 40). En el marco de esta discusión este planteamiento fue relevante porque advirtió sobre la violencia que esas

organizaciones continuaban ejerciendo sobre la población civil y su involucramiento en economías ilegales que conllevaban un control de territorios y poblaciones.

De acuerdo con el segundo informe del Área de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR) de la Comisión Nacional de Reparación (CNRR), divulgado en julio de 2010, estos grupos “se expandieron y consolidaron en varias regiones, de forma que en medio de las disputas referidas también se registran reagrupamientos, pero no a partir de un solo centro ni de una nueva forma de coordinación federal, al estilo AUC, sino de distintos centros de poder en pugna. Por tanto, entre ellos se entrecruzaron dinámicas de coordinación e integración y choques cruentos que generan verdaderas guerras locales en varias regiones, con expresiones rurales más amplias y urbanas en varias ciudades importantes”<sup>19</sup>.

Desde mediados de 2006, el gobierno nacional comenzó a llamar a estas estructuras Bandas Criminales Emergentes (Bacrim). Esta mirada centrada en la dimensión organizativa y criminal no reconoció que se trataba de la existencia de grupos armados organizados, capaces del sostenimiento de hostilidades y un ejercicio continuado de violencia, con jerarquías y dominios territoriales, y sobre todo que cumplen la función de actualizar la memoria de la violencia (con su sentido político) de la anterior fase de la guerra, así el énfasis visible de su acción sea coyunturalmente la competencia violenta en torno a actividades económicas ilícitas. Asimismo, se ha pasado por alto que esa actualización (que demuestra una línea de continuidad en la función de la violencia que trasciende las denominaciones y ajustes organizativos) se hizo posible por la participación de desmovilizados y combatientes que no se acogieron al proceso de DDR de las AUC y, en particular, por la percepción de la población sobre la continuidad de los operadores de violencia.

En 2011 el Ministerio de Defensa emitió una resolución que caracterizó el fenómeno como bandas criminales o grupos delictivos organizados que no cumplían los requisitos objetivos definidos por el Derecho Internacional Humanitario. En 2016, a diez años de existencia de dichas organizaciones, expidió una directiva sobre los lineamientos para enfrentar lo que en adelante pasó a denominar grupos armados organizados y le asignó la competencia de su persecución a la fuerza pública. Dicha modificación se basa en el reconocimiento de cambios en el teatro de operaciones, comportamiento y agrupación de dichas estructuras. La directiva dice: “se ha evidenciado que grupos anteriormente

<sup>18</sup> OEA-CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007, (párrafo 11, Capítulo IV). Consultado en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/indice2006.htm>

<sup>19</sup> Segundo informe de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, área de DDR, Bogotá, julio de 2010.

denominados como Bandas Criminales (Bacrim), en algunos casos, han alcanzado un nivel de hostilidades y de organización de la estructura armada que cumplen con las características de los GAO". Sin embargo, estima que carecen de ideología política.

De los honorables Congressistas,

De los honorables congresistas,  
  
Victoria Sumbino Simanen  
David Raftero  
gpeho  
A. Celedón  
María José Pizarro

CÁMARA DE REPRESENTANTES  
SECRETARÍA GENERAL

El día 20 de julio de 2018 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 007 con su correspondiente exposición de motivos, por la honorable Representante *María José Pizarro*; honorable Senador *Gustavo Petro* y otros honorables Representantes y honorables Senadores.

El Secretario General,  
*Jorge Humberto Mantilla Serrano.*

\*\*\*

PROYECTO DE LEY NÚMERO 008 DE 2018  
CÁMARA

por la cual se reduce la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados.

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2018

Doctor

JORGE HUMBERTO MANTILLA

Secretario General

Cámara de Representantes

Ciudad

Asunto: Radicación de Proyecto de ley número 008 de 2018 Cámara, por la cual se reduce la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados.

Respetado Secretario General:

En cumplimiento de nuestro deber constitucional y legal, y particular actuando en

consecuencia con lo establecido en la Ley 5ª de 1992, en nuestra calidad de Congressistas de la República, radicamos ante su despacho, para que se inicie el trámite legislativo respectivo, el siguiente proyecto legislativo:

Proyecto de ley, por la cual se reduce la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados.

Por los honorables Congressistas,

Proyecto de ley "Por la cual se reduce la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados".  
Por los honorables congresistas  


PROYECTO DE LEY NÚMERO 008 DE 2018  
CÁMARA

por la cual se reduce la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Modifíquese el inciso del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 4% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Artículo 2°. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga de manera expresa toda disposición anterior que le sea contraria.

Radicado en Bogotá, el 20 de julio de 2018

Por los honorables Congressistas,

Radicado en Bogotá, el 20 de julio de 2018  
Por los honorables congresistas  


EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El objetivo de esta iniciativa es disminuir el aporte al Sistema de Seguridad Social en Salud

del 12% al 4% que realizan los pensionados de Colombia (inciso 2°, artículo 204 de la Ley 100 de 1993), como un acto de justicia con esta población objeto de especial protección, quienes ven reducido su ingreso disponible mensual por efectos de esta contribución, la cual afecta directamente los derechos al mínimo vital y condiciones de dignidad y calidad de vida en la vejez.

La reforma al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, que proponemos al Honorable Congreso de la República, es una medida de justicia social y económica, dirigida a garantizar la protección del escaso ingreso disponible de los adultos mayores de Colombia, quienes con mucho esfuerzo lograron obtener una pensión, y que en su gran mayoría obtuvieron (y obtendrán en el mediano plazo) mesadas iguales al salario mínimo<sup>1</sup>.

Esta medida legislativa la retomamos tanto en su articulado como en su exposición de motivos de la iniciativa más próxima contenida en el Proyecto de ley número 008 de 2015 Cámara, 170 de 2016 Senado presentada por los honorables Congresistas Óscar Ospina Quintero, Ángela María Robledo, Alirio Uribe Muñoz, Víctor Correa Vélez, Inti Raúl Asprilla, Iván Cepeda Castro, Sandra Liliana Ortiz, Angélica Lozano, Ana Cristina Paz, Jorge Enrique Robledo, Segundo Senén Niño, Alexander López Maya, Claudia López, Jesús Alberto Castilla, Antonio Navarro Wolff, Carlos Guevara, Jorge Iván Ospina y Alejandro Chacón el cual fue aprobado por el Congreso el pasado 20 de junio de 2017, siendo remitido a la Presidencia de la República el 11 de julio de 2017 para su respectiva sanción presidencial donde fue objetado por razones de inconveniencia e inconstitucionalidad.

Las consideraciones de la Presidencia y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se presentan sin percatar en la regresividad de la medida, pues un pensionado, que por definición y evidencia, no tiene el status de empleador y tampoco de trabajador, debe pagar por los dos, al descontársele mensualmente el 12% del total de su mesada pensional.

Ahora bien, la injusticia a la que se hace referencia no solo se debe comprender desde la ilegitimidad conceptual y regresividad del aporte, también es importante el impacto en el ingreso y calidad de vida de las personas.

Así, no es justo que personas que han contribuido con sus aportes al Sistema de

Seguridad Social (salud, pensiones, entre otros) durante más de dos décadas, producto de su trabajo y esfuerzo, el cual contribuyó al desarrollo general del país; y que en la vejez dependen (en su gran mayoría) única y exclusivamente del ingreso de su mesada pensional, tengan que ver limitada su calidad de vida por la afectación al mínimo vital, máxime ante la exposición de mayores riesgos y vulnerabilidades por efectos de la edad y las restricciones para acceder a otras fuentes de recursos.

La anterior consideración se basa en desarrollos jurisprudenciales de la Honorable Corte Constitucional que legitiman la necesidad de mantener condiciones de dignidad en la vejez, ejemplo de ello es lo dispuesto en la Sentencia C-107/2002 (M. P. Jaime Araújo Rentería), la cual establece que la pensión es *“una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna. El derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso remunerado y digno, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución”*.

De igual manera, esa misma corporación, en la Sentencia C-543 del 18 de julio de 2007, indicó que el objeto del derecho fundamental al mínimo vital:

*“... abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Este derecho... busca garantizar que la persona, centro del ordenamiento jurídico, no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean. Tal derecho protege a la persona... contra toda forma de degradación que comprometa no sólo su subsistencia física sino por sobre todo su valor intrínseco...”*.

Tales consideraciones hacen referencia a temas salariales, así como prestacionales, y por supuesto al ingreso digno en la vejez. De esta manera, el marco legal nacional e internacional (sustentado en acuerdos, pronunciamientos y demás normas de alcance material en derecho, establecidos por organismos como de la OIT, para solo señalar una fuente, reafirman tales consideraciones) es claro

<sup>1</sup> De acuerdo con información oficial, durante el período 1997-2014, aproximadamente el 85% de los afiliados en los Fondos Privados de Pensiones, corresponden a un rango salarial inferior a los 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Situación que tiene como agravante el crecimiento de la afiliación sin cotización, es decir la escasa permanencia o continuidad en los aportes, esto debido a la dinámica misma del mundo del trabajo en Colombia.



en el deber del Estado por garantizar dignidad y oportunidad para el goce efectivo de los derechos derivados de las condiciones materiales<sup>2</sup>.

Ahora bien, es importante señalar que esta iniciativa sería nada más que un paliativo, pues el problema pensional en Colombia va más allá de la pérdida de poder adquisitivo a la que progresivamente se les ha expuesto a los pensionados de Colombia en las últimas 3 décadas.

A continuación se resumen algunos de los elementos de diagnóstico relevantes que dan fundamento adicional a esta iniciativa que se presenta a consideración de la honorable Cámara de Representantes, esperando que se convierta en ley de la República.

### 1. El Problema de la Desprotección Social en Colombia

El panorama de la protección social en Colombia, y en especial en materia pensional, sin duda es desalentador. De acuerdo con cálculos del Ministerio de Trabajo, en el diagnóstico del denominado “Modelo de Protección a la Vejez” (lanzado en el año 2013), *en el país hay 22 millones de trabajadores, de los cuales 7,7 millones cotizan o ahorran en el Sistema General de Pensiones que tiene dos regímenes (Régimen de Prima Media y Régimen de Ahorro Individual Solidario) y de los que en la situación actual solo se van a pensionar 2.000.000*<sup>3</sup>. Así mismo, de acuerdo con estudios de investigadores como Óscar Rodríguez, revelan que aproximadamente “*el 70% de las personas que hacen aportes bajos al sistema recibirán solo entre 1 y 2 salarios mínimos al pensionarse. De hecho, ya la situación es difícil, pues solo el 18% de los mayores de 60 años gozan de una pensión*”<sup>4</sup>.

La explicación de esto se da por las características del modelo económico y la estructura institucional que en el papel propende por la garantía de los derechos de los ciudadanos.

El eje principal que explica la prácticamente inexistente política de protección social universal y digna en Colombia, se explica por las características mismas del modelo económico imperante desde hace más de 3 décadas. Para sintetizar en las características, se puede decir con certeza que es un modelo económico sustentado en la reprimarización financiarizada de la economía

(crecimiento y desarrollo fundados en el sector primario de la economía con alta participación de la especulación financiera), que ha logrado una progresiva pérdida de la estructura productiva industrial por efectos de la exposición desmedida al libre comercio<sup>5</sup>.

Es evidente en los hechos estilizados del desarrollo mundial que la industria y el sector de la innovación son los únicos sectores que tienen la real posibilidad de generación masiva de plazas de trabajo formal, aspecto fundamental para financiar de manera sostenible un modelo de protección social en la época contemporánea. Por tanto, no se puede construir un modelo de protección social garantista de los derechos sociales, si los gobernantes de turno siguen pensando cimentar el desarrollo e ideal de progreso nacional en sectores económicos como la minería, la energía y las finanzas.

De la mano con lo anterior, se explica el fracaso de la pretendida universalidad y garantías dignas de protección social en la vejez, por el modelo de protección social desarrollado posterior a las reformas neoliberales de finales de los años 80 y principios de la década de 1990, el cual quedó condensado en la Ley 100 de 1993. Este modelo se fundamentó en un supuesto círculo virtuoso que terminó degenerando en la garantía del lucro privado de entidades como las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y las Empresas Prestadoras de Salud (EPS) en el caso de la salud, en demérito de la garantía de los derechos sociales de la ciudadanía en general.

En el caso de las pensiones, el modelo que establece la Ley 100 de 1993 propuso la creación y el desarrollo del mercado de las AFP con base en el RAIS (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad). Este régimen se basa en la renta derivada de los ahorros de los trabajadores, la cual depende de la volatilidad del mercado bursátil, en contraposición al RPM (Régimen de Prima Media), basado en la solidaridad intergeneracional como principio fundamental y garantista de una pensión digna y estable. Así, mientras en el caso del RAIS, es la ruleta del mercado financiero la que determina el monto y posibilidad de pensionarse; en el RPM (antes a cargo del

<sup>2</sup> Un análisis conciso de las distintas normas al respecto se halla en el estudio de la Confederación General de Trabajadores de Colombia (CGT), titulado “Salarios, Empleo, Pensiones y Costo de Vida”, publicado a principios del año 2015.

<sup>3</sup> Véase: <http://www.mintrabajo.gov.co/abril-2013/1706-nuevo-modelo-de-proteccion-para-la-vejez-fue-presentado-en-cali.html> (revisado por última vez: 15 de julio de 2015)

<sup>4</sup> Mayores detalles véase: <http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/sistema-de-pensiones-peor-que-el-de-salud.html> (revisado por última vez: 15 de julio de 2015)

<sup>5</sup> Financiarización es un concepto desarrollado ampliamente en las escuelas heterodoxas francesas de economía, que ha sido ampliamente teorizado y desarrollado en investigaciones por autores de diversos países. Una definición concisa de lo que significa esta categoría del análisis económico, la da Gerald Epstein en su obra de 2005 titulada “Introduction: Financialization and the Global Economy”, donde explica que *por financiarización se comprende el rompimiento del vínculo entre los canales financieros y la actividad productiva, y donde en particular la primera subyuga la segunda, convirtiéndose en una lógica independiente que es la esencia de la rentabilidad, teniendo por núcleos de dirección y control los mercados de capitales, las bolsas de valores y demás infraestructura financiera.*

Instituto de Seguros Sociales, hoy a cargo de Colpensiones), la garantía de la pensión corre a cargo del Estado en última instancia y el cierre financiero entre pasivos y activos que se da en las diversas cohortes, posibilita la sostenibilidad y posibilidad de mayores indicadores de cobertura e ingresos dignos en la vejez<sup>6</sup>.

Como se mencionó atrás, este modelo de privatización de la garantía de los derechos sociales, se concibió bajo el supuesto “círculo virtuoso” de la iniciativa privada en la intermediación y provisión de derechos como la salud y las pensiones. No es en vano que los fondos privados de pensiones, constantemente insistan en mayor flexibilización del mercado laboral para aumentar la formalidad laboral y otras medidas, con el objetivo de fortalecer este supuesto círculo. Tal círculo se condensa en lo siguiente: la mayor captación de ahorro privado que hicieran los fondos privados, conduciría a mayor inversión en el sector real, la cual iba a generar crecimiento y a la par con este, mayores puestos de trabajo formal, lo cual llevaría a más cotizaciones, más ahorro, más crecimiento. Sin embargo, el resultado después de más de 20 años de este supuesto “círculo virtuoso”, ha confirmado una situación contraria a los objetivos del Estado Social de Derecho.

Después de 22 años de vigencia de la Ley 100 de 1993, está demostrado que quienes han obtenido y siguen obteniendo jugosos beneficios con la captación de dineros del público, han sido los fondos de pensiones, y no propiamente al obtener tasas de retorno altas por inversiones en el sector real, sino por inversiones en acciones, bonos y demás herramientas de tipo financiero-especulativo. Estos fondos se han dedicado a invertir especialmente en títulos de deuda pública (26,5% a junio de 2015<sup>7</sup>), acciones, bonos y otros activos bursátiles, lo que además de no constituir una inversión productiva, en la mayoría de los casos obliga a pagarles rendimientos financieros con recursos públicos.

Ahora, una lectura propositiva de cambio de modelo, sustentado en un paliativo como es lo dispuesto en este proyecto de ley, puede entenderse desde la ampliación del gasto agregado de la economía, producto de la mayor capacidad de compra de bienes y servicios que harían los pensionados. Visto de esta manera, reducir el aporte de los pensionados del 12% al 4% no solo sería una medida de justicia social y distributiva, sino una política de estímulo a la demanda agregada, que podría significar aumentos significativos de la producción nacional y consecuente con esto

mayor generación de empleo. Este sería en efecto un círculo virtuoso más democrático. Por tanto, sería pertinente obtener del Gobierno nacional estimaciones no del costo fiscal sino del potencial de crecimiento que esta medida podría dar al sector real de la economía al aumentar de manera ostensible el ingreso disponible (poder de compra potencial) de la población jubilada.

## 2. Fundamentos Constitucionales de la Iniciativa Legal

Entre los derechos fundamentales de los ciudadanos se encuentra consagrado el derecho a la igualdad; en ese sentido el artículo 13 de nuestra Constitución Política dispone:

*“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.*

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su situación económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.*

Así mismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 constitucional, es deber del Estado la garantía del servicio público de salud<sup>8</sup>, y a este le corresponde impulsar a su vez las medidas para proteger a las personas en situación de debilidad manifiesta.

El artículo 49 de la Carta de 1991, establece que:

*“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

*Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.*

(...)

<sup>6</sup> Mayores detalles, véase: <http://cedetrabajo.org/wp-content/uploads/2012/08/32-8.pdf> (Revisado por última vez: 15 de julio de 2015).

<sup>7</sup> Resumen completo de los tenedores de deuda pública en Colombia, se encuentra disponible en: <http://www.irc.gov.co/irc/es/infodeudapublica/infoestadistica> (Revisado por última vez: 15 de julio de 2015)

<sup>8</sup> No obstante a la definición o categoría de servicio, vale la pena señalar, que de acuerdo con el desarrollo jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, la salud ha adquirido el status de derecho humano fundamental por su estrecha conexidad con el derecho fundamental a la vida.

*La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.*

*Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.*

De esta manera es clara la contradicción entre las obligaciones estatales en materia de salud, así como del deber de ceñirse a los principios constitucionales de progresividad y solidaridad, puesto que por efectos del diseño mismo del Sistema General de Seguridad Social (concebido en la Ley 100 de 1993 y normas subsiguientes), se han establecido cargas onerosas contra un grupo social vulnerable en materia económica, atentando contra el derecho a la igualdad y al mínimo vital.

Ante tal escenario, la justificación para la inercia de un cobro desproporcionado e injusto, radica en la sostenibilidad del sistema de salud y la buena marcha de las finanzas públicas, desconociendo los impactos y contradicciones antes mencionados. Sin embargo, tal justificación no contempla la posibilidad de hacer uso de otras fuentes de recursos y rentas, que sin duda existen y pueden ser utilizadas en un acto de responsabilidad y justicia en pro de la igualdad y solidaridad con la población jubilada, mejorando así sus ingresos y correlativamente, su poder adquisitivo y calidad de vida.

Por tal motivo, la pretensión del proyecto de ley no es otro que cumplir con el deber estatal de propender por la garantía de la igualdad, teniendo en consideración los derechos a la diferencia y la especial protección de grupos poblacionales diversos. Para tal efecto basta la referencia de lo establecido por la Corte Constitucional mediante Sentencia número C-766 del 9 de septiembre de 2003, en la que se señala:

*“(…) El principio y derecho fundamental a la igualdad, en sus múltiples manifestaciones, incluyendo la igualdad de oportunidades, la igualdad real y efectiva o las acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados y de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta... representa la garantía más tangible del Estado Social de derecho para el individuo o para grupos de personas expuestos a sufrir un deterioro de sus condiciones de vida como sujetos de una sociedad democrática, donde todas las personas merecen la misma consideración y respeto en cuanto seres humanos. Es a partir precisamente del artículo 13, en concordancia con los artículos 1º, 2º, 11 y 85 de la Constitución que la jurisprudencia constitucional ha reconocido desde un principio el derecho fundamental al mínimo vital, el cual adquiere especial relevancia en el contexto de la intervención del Estado en la economía, en virtud del artículo 334 Superior...”.*

Complementario a esto, vale la pena reseñar que este mismo órgano superior en materia constitucional, estableció que el Estado debe implementar las acciones necesarias para garantizar

la igualdad de quienes aparecen en estado de debilidad manifiesta, aun cuando estas originen una desigualdad formal mínima, siempre que como resultado se obtenga una igualdad sustancial, como es el caso de los adultos mayores. Al respecto conviene citar el siguiente contenido de la Sentencia número T-540 del 18 de julio de 2012:

*“(…) Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar[les] los servicios de seguridad social integral...”.*

En similar sentido, mediante Sentencia número T-495 del 16 de junio de 2010, la Honorable Corte Constitucional establece:

*“... A manera de conclusión tenemos que los adultos mayores y los niños pertenecen al grupo de sujetos de especial protección constitucional y sus derechos deben ser protegidos de manera reforzada por el Estado, porque su situación de debilidad manifiesta los ubica en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población...”.*

De todo lo anterior se concluye que la Carta Política de 1991 es clara en establecer como fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes formulados en la Constitución y que los derechos de contenido social se caracterizan por ser progresivos. De tal manera que la búsqueda del interés general y la protección de las personas menos favorecidas, no se logra precisamente equilibrando las cargas frente a situaciones que no pueden ser juzgadas como similares.

Por tanto, no es justo ni legítimo que trabajadores que durante más de dos décadas de trabajo constante, quienes cotizaron al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones, y lograron acceder a la pensión (representando desgraciadamente una proporción muy pequeña de la población), tengan que acarrear con la carga impositiva directa a su ingreso vital, afectando con esto su calidad de vida. Situación que resulta más gravosa si se tiene en cuenta que el jubilado se expone a una prestación de los servicios de salud de baja calidad, paga las cuotas moderadoras, clasificadas según su estrato y, adicionalmente, diversos medicamentos formulados no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

### **3. Consideraciones sobre el Impacto Fiscal y la Priorización Financiera**

Esta iniciativa que hoy nuevamente ponemos a consideración del legislativo, reiteramos, es un acto de elemental justicia con los pensionados, ya que reducir al 4% el monto del aporte que los pensionados sufragán al Sistema General de Seguridad Social en Salud, resulta siendo una contribución tendiente al respeto de los principios de igualdad, solidaridad, equidad y justicia, en la medida en que es similar al porcentaje que

pagan los trabajadores activos en vigencia de la relación laboral (el 8% restante es asumido por el empleador).

Ahora bien, no se pueden obviar otros aspectos de injusticia en las contribuciones de diversos agentes económicos involucrados en el Sistema General de Seguridad Social. Al respecto solo baste reseñar lo dicho por la CGT en el citado estudio, donde se arguye que:

*“(...) El marco normativo vigente sobre la materia contiene una latente discriminación frente al gremio de los pensionados, los cuales fueron ignorados y/o marginados tanto en el artículo 25 de la Ley 1607 de 2012 como en el 7 del Decreto 1828 de 2013, que exoneran del pago de aportes para el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios y sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) y a las personas naturales empleadoras de al menos dos (2) trabajadores, por sus empleados que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes, dejando por fuera de ese beneficio a los pensionados. Esta segregación, conlleva a que estas personas pensionadas se vean en penosas situaciones económicas para cubrir los costos que se generan dentro del referido Sistema”.*

Esto nos lleva irremediamente al campo del debate sobre el cobro de los tributos, el uso y la priorización que se hace del gasto público.

La cita anterior describe el arbitrario sesgo que se tiene en materia fiscal en Colombia. Mientras la reforma tributaria de 2012 (Ley 1607 de 2012) logró reducir los tributos a cargo de las empresas: renta y complementarios (del 33% al 25 en la tarifa nominal), las contribuciones parafiscales al Sena (2%), ICBF (3%) y el aporte patronal a la salud (8,5%), con un propósito reiterado de generar mayores condiciones de inversión y trabajo formal; a los trabajadores y pensionados les dejaron incólumes sus tributos vinculados a la nómina, y de hecho endurecieron los tributos gravando la capacidad de compra con impuestos indirectos mayores como el IVA y el impuesto al consumo.

A lo anterior se han ventilado propuestas enmarcadas en las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que profundizarían este sesgo proinversión y antiderechos, pues se pretenden realizar reformas paramétricas como aumentar la edad de jubilación para equiparar a hombres y mujeres, permitir la pensión por debajo del salario mínimo; y además gravar a los pensionados con impuestos directos a la mesada, y suprimir el régimen de prima media (a cargo de Colpensiones) para dar mayores ganancias a los fondos privados de pensiones.

Ante tales arremetidas a los derechos fundamentales de la población mayor de Colombia, los pensionados de Colombia han dejado marcada su posición argumentada, atendiendo debates nacionales, realizando marchas, participando en audiencias, eventos públicos y mesas de trabajo con el gobierno nacional<sup>9</sup>. En cada una de estas instancias, la posición de los pensionados y adultos mayores de Colombia es clara: no se avalará la rentabilidad financiera y la confianza inversionista por encima de la defensa del derecho a la pensión, la cual debe ser universal y garantizada por el Estado, permitiendo así un ingreso digno y suficiente para dar calidad de vida en la vejez.

En pro de materializar esta posición de defensa de la pensión como derecho universal, vinculado a la condición de ciudadano, se han propuesto diversos mecanismos, que por simple falta de voluntad política no pueden ser llevados a la práctica. Ejemplos de estas propuestas son:

**i. La eliminación de los denominados beneficios tributarios para grandes empresas.**

Estos beneficios tributarios fueron caracterizados ampliamente por el Banco Mundial en su publicación del año 2012 “*El Gasto Tributario en Colombia*”, sin embargo, la recomendación de este ente multilateral de suprimir estos beneficios, no ha sido adoptada por el Gobierno nacional, y de acuerdo con cálculos del propio Ministerio de Hacienda y Crédito Público a 2014 ascendieron a 47,6 billones de pesos<sup>10</sup>.

Esto quiere decir que las gabelas en materia tributaria, equivalen a 18,3 veces el costo que sustenta el Ministerio de Hacienda en su concepto negativo al archivado proyecto de Ley 183 de 2014 Cámara (2,6 billones de pesos).

**ii. Trasladar recursos del sector de seguridad y defensa para priorizar gasto público social.**

Esta propuesta se ha puesto de manifiesto por parte de congresistas de la oposición en los debates anuales a la Ley de Presupuesto, así como en la discusión cuatrienal de la también Ley Orgánica del Plan Nacional de Desarrollo. En el caso de la Ley 1753 de 2015 (Ley de Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018), se propuso mantener el equivalente real de recursos de la Ley 1450 de 2011, pues se consideró exagerado aumentar en

<sup>9</sup> Ejemplo de esto fue la marcha por la dignidad de los pensionados de Colombia, que tuvo como punto de partida la ciudad de Cali el pasado 8 de junio y que arribó en Bogotá el 18 del mismo mes. Mayores detalles, véase: <http://alianzanacionaldepensionados.com/> (revisado por última vez: 17 de julio de 2015).

<sup>10</sup> Mayores detalles véase: <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/exenciones-de-impuestos-le-costaron-al-estado-colombiano-47-billones/15995317> (revisado por última vez: 17 de julio de 2015).

un 54% en términos nominales los recursos asignados a seguridad y defensa (pasando de 59,5 billones para el período 2010-2014 a 93,7 billones para el período de 2014-2018), máxime cuando estamos en un período de construcción de la paz en Colombia. Tal propuesta de reducción iba acompañada de una transferencia equitativa de los recursos liberados (25,1 billones de pesos) a los sectores de educación, salud, empleo, desarrollo rural, reparación a víctimas de la violencia y garantía de los derechos humanos. Esta propuesta no tuvo el aval del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y tampoco de las mayorías parlamentarias afines al Gobierno nacional, y por ende fue descartada.

El aumento de los recursos asignados para el rubro de seguridad y defensa a precios constantes de 2014, equivaldrían a aproximadamente 9 veces el costo que sustenta el Ministerio de Hacienda en su concepto negativo al archivado proyecto de Ley 183 de 2014 Cámara (2,6 billones de pesos).

Como las dos anteriores, las organizaciones de pensionados del país, han sustentado otras tantas propuestas para financiar los faltantes de recursos que provocarían el ajuste normativo de la presente iniciativa legislativa, quedando en evidencia que es simplemente la falta de voluntad política y la “sobre-representación” de los intereses de unos cuantos agentes con capacidad económica, los que repercuten en la pérdida constante y progresiva de bienestar de la población mayor y ciudadanía general de Colombia. Por tanto, los objetivos y fines de este proyecto, deben ir en coherencia con el carácter democrático del Estado Social de Derecho de que trata la Carta Magna de 1991, siendo el Congreso de la República el órgano soberano para representar al pueblo y cumplir los fines que la Constitución y la ley imponen.

#### **4. Principios de Equidad y Progresividad en Materia Tributaria**

En materia tributaria, los particulares en la calidad de contribuyentes y o deudores tributarios, existe una obligación que no debe ser ajena a la capacidad contributiva de los mismos, es decir que se debe considerar las circunstancias económicas y sociales de los ciudadanos.

En el marco de un Estado Social de Derecho, que propende por la justicia social y por ende la sujeción a los principios, deberes y derechos constitucionales, la Corte Constitucional ha desarrollado los conceptos de los principios de progresividad y equidad tributaria. Específicamente a nivel tributario, donde sugieren la necesidad de tener en cuenta la capacidad económica de quien se ve afectado.

En ese sentido, la igualdad, la equidad y la justicia social en un Estado, debe ser una realidad; sin embargo, la sujeción a estos principios no es sencilla de garantizar y su cualificación debe ser

medida frente a la cantidad de políticas públicas y programas que limitan los criterios y la imposición tributaria por parte del Estado que pueden ser demasiado gravosas para los contribuyentes. Buscar reducir los aportes beneficiando a los sectores más vulnerables y equilibrar la pérdida del valor adquisitivo de la mesada pensional y garantizar el MÍNIMO VITAL, es dar cumplimiento al artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

La jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado han aceptado que las contribuciones parafiscales deben ser asumidas por todos los beneficiarios en los porcentajes que establece la ley de tal manera que la diferencia del salario o pensión se evidenciara en el sentido de su proporcionalidad.

Sobre ese presupuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil en decisión del 24 de abril de 2007, estableció que el incremento en la cotización al sistema general de seguridad social en salud es de carácter general y por ello debe ser cubierto por todos los afiliados al régimen contributivo del sistema en la forma que determina la Ley 100 de 1993. El mayor valor de la cotización que deben pagar los trabajadores independientes y los pensionados está a cargo del afiliado en un 100%, y el incremento del medio punto en la cotización contemplado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, no solo está destinado a aquellos grupos de población que están obligados a cotizar al sistema general de pensiones, sino a quienes en calidad de pensionados están obligados a cotizar al sistema general de seguridad en salud.

Por otra parte, la Constitución Política en su artículo 363 establece que el sistema tributario “se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad”, principios que deben caracterizar el sistema como tal y no todos los impuestos individualmente considerados como por ejemplo el IVA el cual no es equitativo ni progresivo.

Sobre estos principios la Corte Constitucional en Sentencia C-100 de 2014 ha manifestado:

*“19. Ciertamente, la Carta exige que el sistema sea progresivo, y no que cada uno de los singulares elementos del mismo tenga esa característica. No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia, esto no significa que sea inviable controlar la constitucionalidad de un tributo o de alguno de sus elementos particulares a la luz del principio de progresividad, sino que la eventual regresividad de un tributo o de un específico precepto del ordenamiento tributario no debe considerarse por sí misma como una razón suficiente para declararlo inconstitucional. En cada caso, el juicio de progresividad sobre una norma tributaria consiste, no en establecer si individualmente se compadece o no con el principio de progresividad, sino en determinar*

*si el tributo o elemento “podría aportar al sistema una dosis de manifiesta [...] regresividad”.*

En caso de que así sea, el tributo o precepto tributario acarrearía consecuencias para el sistema, que lo harían inconstitucional. Como dijo la Corte en la Sentencia C-333 de 1993, al examinar si un tributo resultaba ajustado al principio de progresividad:

*“[...] Si bien la cualidad sistémica de los principios de equidad, eficiencia y progresividad, no puede ser aprehendida en una revisión de constitucionalidad de una ley singular, ello no quiere decir que su examen no pueda llevarse a cabo frente al contenido concreto de la norma acusada cuando la misma, de conservarse, podría aportar al sistema una dosis de manifiesta inequidad, ineficiencia y regresividad. Finalmente, las leyes singulares son los afluentes normativos del sistema que resulta de su integración y, de otra parte, los principios, como se ha recordado, tienen un cometido esencial de límites que, desprovistos de control constitucional, quedarían inactuados”.*

De esta manera se desprende del precedente del Alto Tribunal que el análisis de la progresividad no es específico por cada elemento tributario sino que parte de la existencia de un sistema tributario. Por lo tanto, la iniciativa legislativa (reducción del 12% al 4%) no modifica la progresividad del sistema de una manera latente.

Incluso, manifiesta la Corte como viable que se analice la constitucionalidad de normas específicas en el caso que supongan una manifiesta regresividad. De esta premisa surge la siguiente conclusión: Si el actual aporte de la contribución del 12% no es progresivo (ya que afecta a todos los pensionados por igual proporción) y fue declarada constitucional en sentencia C-126 de 2000, menos aún lo será la reducción de la contribución al 4% que busca favorecer un sujeto de especial protección constitucional que es la persona pensionada.

*“Conforme a lo anterior, la Corte concluye que no viola la igualdad, ni la especial protección a las personas de tercera edad, que la norma acusada establezca que la cotización en salud está integralmente a cargo de los pensionados. Es cierto que, como ya se señaló, el Congreso hubiera podido recurrir a otros mecanismos para financiar el servicio de salud a los jubilados, pero la opción legislativa se encuentra dentro los marcos que la Carta establece para el diseño de la seguridad social, y en este campo, como en tantos otros, el control constitucional es ante todo un control de límites. La norma acusada será entonces declarada exequible”.*

Teniendo en cuenta lo señalado por la Corte, la presente iniciativa legislativa beneficia a los sectores más vulnerados y/o afectados, se busca dar un equilibrio entre los descuentos parafiscales y la pérdida del valor adquisitivo de la mesada

pensional, con el fin de garantizar el mínimo vital de las familias que dependen de este ingreso.

Así, el principio de progresividad no se vulnera ya que los aportes realizados por los pensionados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) son aportes parafiscales y no afecta el crecimiento económico ni el sistema tributario, por otra parte, es claro que el principio de progresividad afecta a los más pobres porque desestimula la generación de riqueza (Pérdida del valor adquisitivo de la mesada pensional).

A su vez, es necesario resaltar, que el principio de progresividad en materia tributaria busca atraer la inversión extranjera y estimular el crecimiento económico, creando beneficios e impuestos llamativos para los extranjeros y generar confianza en el inversionista, es decir, que para el tema de parafiscales no es aplicable el principio de progresividad por cuanto no se está estimulando el crecimiento económico sino se está garantizando un descanso remunerado y digno a un pensionado que trabajó y se esforzó durante años, quien realizó aportes en su momento, para recibir una mesada pensional justa, no obstante no acorde con la realidad económica de este país.

En relación con Hacienda Pública, es evidente que el Estado vía impuestos debe estimular la generación de riqueza, sin embargo, esta riqueza debe beneficiar a toda la comunidad, y se reitera que los aportes al sistema de salud son parafiscales mas no un impuesto, en los cuales no se tiene en cuenta los índices de pobreza y ni de desigualdad. Mejor dicho, con estos aportes no existe un crecimiento económico.

Por otra parte, la capacidad económica, se define como la capacidad para adquirir o ser titular de bienes o servicios (Públicos o Privados), esta capacidad puede recibir diferentes nombres como capacidad adquisitiva; este principio en materia tributaria, busca establecer una carga impositiva, acorde con la capacidad económica y contributiva del particular, en concordancia con el principio de Progresividad, que debe proteger la economía nacional y elevar el nivel de vida de la población, por su carácter proteccionista”.

Para el caso objeto de estudio, la capacidad contributiva de los pensionados de Colombia es variable, inclusive el Gobierno debe considerar las variables e indicadores, tales como: la población, los ingresos, la realidad socioeconómica entre otras, para poder determinar cuánto debe pagar cada uno.

Igualmente, los principios de equidad y justicia tributaria toma en cuenta el criterio de capacidad horizontal que hace relación a quienes tienen capacidad pagan lo mismo; y el criterio de equidad vertical hace referencia a quien tiene una mayor capacidad de contribución puede pagar más.

Finalmente, desde el punto de vista de la equidad tributaria entendida como una manifestación específica del principio general de igualdad que

supone la exclusión de tratamientos diferenciados injustificados, es importante decir que el proyecto de ley en cuestión antes que significar una decisión legislativa injustificada constituye una acción afirmativa que busca garantizar los derechos de los pensionados (como sujetos de especial protección) en la medida que permitirá una mayor capacidad adquisitiva de sus mesadas de personas que en la mayoría de los casos se encuentran excluidos del mercado laboral.

### 5. Consideraciones Económicas

En el régimen de prima media existen en la actualidad 1.250.859 personas que en virtud del proyecto de ley dejarán de ver reducidos sus presupuestos familiares en una cifra del orden de \$1.987.104 millones. Dado el crecimiento histórico del recaudo de cotizaciones y disminución de costos, esta cifra quedará compensada en el transcurso de unos pocos meses futuros (menos de 12).

Tomando como referencias las cifras publicadas por el Ministerio de Hacienda, en solo dos años el total recaudado por cotizaciones, en parte, debido al esfuerzo realizado para mejorar el recaudo y disminuir la evasión y elusión, pasó de ser \$8,9 billones en 2008 a ser \$10,9 billones en 2010 (en pesos de la época).

Este resultado no es una casualidad. El fenómeno del crecimiento de recaudos se comprueba entre los años 2010 y 2012 al pasar de \$10,9 billones a \$14,7 billones, con un incremento del 35%. Además, el total de afiliados que contribuyeron al Sistema General de Salud experimentó un crecimiento sistemático durante los años 2013 (23 %), 2014 (24.8 %), 2015 (26 %) y 2016 (24.9 % para lo corrido del primer semestre)<sup>11</sup>.

A la luz de las cifras publicadas por el Ministerio de Hacienda es evidente que un menor recaudo de aproximadamente el 6% por concepto de una menor cotización de los pensionados autorizada por la ley en curso, se compensaría en el futuro en breve tiempo si la administración continúa mejorando su gestión de eliminar la evasión y elusión de los aportantes forzosos del régimen contributivo: trabajadores activos y patronos.

Para mayor certeza de la preservación de la estabilidad financiera del SGSSS se tiene en cuenta esta afirmación del Ministerio de Hacienda: “*El presupuesto del Fosyga fue superavitario en los últimos cuatro años, \$2,2 billones en el 2010, \$3,6 billones en 2011, \$3,9 billones en 2012 y \$3 billones en 2013*”.

En ese sentido, resulta oportuno destacar que la reducción que se proyecta en el presente proyecto encuentra pleno sustento en el texto constitucional, en su artículo 334, por cuanto dicha medida se enmarca dentro de la intervención que, de acuerdo

con lo dispuesto en el texto constitucional, debe hacer el Estado en la economía.

Al tenor de esta disposición, “El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos”.

Así, la presente iniciativa no impone nuevas cargas al presupuesto nacional, ya que se rige por lo prescrito en el artículo 338 de la Carta, que dispone que se puede fijar legalmente el tope de las tarifas que las autoridades pueden exigir como contribuciones para recuperar los costos de los servicios que les presten a los contribuyentes.

Ahora bien, siguiendo con los presupuestos del artículo 334, en su parágrafo se dispone que al interpretar el artículo, “bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.

Bajo ese tenor, la Procuraduría General de la Nación en Concepto número 6380 sobre su intervención ante la Corte Constitucional señaló que “del artículo 334 puede inferirse que el acento constitucional de la sostenibilidad fiscal como criterio constitucional, no es el de una herramienta para impedir la materialización del Estado Social de Derecho, sino que por el contrario debe asumirse como un mandato de colaboración armónica entre las Ramas del Poder Público para alcanzar progresivamente su materialización; más aún, la sostenibilidad fiscal no debe ser entendida como un principio hábil para restringir el alcance o protección efectiva de los derechos fundamentales, sino más bien, como un imperativo de búsqueda de alternativas para su efectiva concreción”. (p. 18).

Justamente, el marco constitucional impide que se aduzca la sostenibilidad fiscal como un medio para evitar la progresividad del Estado Social de Derecho o para impedir la materialización de los derechos fundamentales; busca introducir una progresividad y promover conquistas sociales que materialicen el Estado Social de Derecho, ampliando el radio de efectividad de los derechos fundamentales.

Así mismo, la Procuraduría enfatizó que, “*la sostenibilidad fiscal no puede ser vista como un criterio que impida la materialización progresiva del Estado Social de Derecho y la aplicación expansiva de los derechos fundamentales, debe concluirse que su ámbito se dirige, en forma principal a conminar a los poderes públicos a desplegar su acción en el marco del principio de colaboración armónica para lograr dichos fines, y no a inviabilizar las políticas sociales*”. (p. 19).

<sup>11</sup> Informe de Objeciones Presidenciales al Proyecto ley número 170 de 2016 Senado, 062 de 2015 Cámara, acumulado con el Proyecto de ley número 008 de 2015 Cámara, “por la cual se modifica la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados”, p. 22.

De esa forma, el SGSSS contributivo está financiado por los aportes que los afiliados hacen al Fosyga y que ahora recaudará la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), cuyo objetivo es el de garantizar el adecuado flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) e implementar los respectivos controles. Estos aportes reúnen todas las características de los recursos parafiscales que no forman parte del presupuesto nacional y sobre los cuales no es posible predicar la “Regla Fiscal” al tenor de lo dispuesto en la Ley 1473 de 2011, artículo 2°.

En la Sentencia C-040 del 11 de febrero de 1993, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de la Ley 40 de 1990, distingue entre los impuestos y las contribuciones fiscales y al respecto afirma: *“Las contribuciones parafiscales se encuentran a medio camino entre las tasas y los impuestos, dado que de una parte son fruto de la soberanía fiscal del Estado, son obligatorias, no guardan relación directa ni inmediata con el beneficio otorgado al contribuyente. Pero, de otro lado, se cobran solo a un gremio o colectividad específica y se destinan a cubrir las necesidades o intereses de dicho gremio o comunidad. (...) Las contribuciones parafiscales se diferencian de los impuestos en la medida en que implican una contrapartida directa al grupo de personas gravadas; no entran a engrosar el erario público; carecen de la generalidad que caracteriza a los impuestos respecto del sujeto obligado a pagar el tributo y especialmente, porque tienen una determinada afectación”*.

Aunque las cotizaciones por su obligatoriedad y naturaleza forman parte de los tributos, junto con los Impuestos y Contribuciones, el legislador ha contemplado una categoría de incierta filiación jurídica denominada “exacciones parafiscales” porque no cumple con las exigencias propias del establecimiento de los tributos y tienen un régimen presupuestario distinto.

Para terminar, es preciso hacer alusión a la supuesta infracción del principio de sostenibilidad fiscal. En efecto, el Acto Legislativo 03 de 2011 precisó que la labor de intervención del Estado en la economía debe ser realizada atendiendo el principio de sostenibilidad fiscal. El propósito de esta reforma, según fue establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2012, consistía en introducir un criterio de razonabilidad económica a las medidas adoptadas por las autoridades públicas que pudieran tener repercusiones fiscales. Al respecto, conviene tener en cuenta que el objetivo primordial de esta enmienda constitucional era establecer un criterio de restricción a las decisiones judiciales.

De ahí que el Acto Legislativo en cuestión haya creado el incidente de impacto fiscal, en virtud del cual los ministerios del Gobierno nacional y el Ministerio Público se encuentran autorizados a solicitar a jueces y a tribunales,

que reconsideren las decisiones judiciales que puedan ser contrarias a este postulado. Dicha aclaración es importante por cuanto deja ver que la carga que establece esta reforma constitucional resulta más fuerte en el caso de las actuaciones judiciales que en las que son emprendidas por el Congreso de la República.

Sin embargo, el principio de la sostenibilidad fiscal, tal como lo señala la versión actual del artículo 334 superior, resulta vinculante para todas las autoridades públicas. Ello no quiere decir, naturalmente, que cualquier determinación que vaya a ser adoptada por el Estado se encuentra sometida a una lógica incondicional economicista que anule los derechos de los ciudadanos ni los compromisos sociales que resultan exigibles a las autoridades en virtud de la cláusula del Estado Social de Derecho. Pues, tal como lo dispone el propio Acto Legislativo en cuestión, *“Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”*.

Esta observación es pertinente en la medida en que, según se ha establecido en este documento, la reducción de la cotización que habrá de favorecer a todos los pensionados a la realización de su derecho fundamental al mínimo vital. En ese sentido, la constitucionalidad del proyecto de ley no puede ser tenida en cuenta suponiendo que se trata de una reforma legal que únicamente genera un impacto negativo en las finanzas públicas y que, por lo tanto, se encuentra desprovista de alguna justificación que encuentre asidero en el texto constitucional.

Por el contrario, la medida busca salvaguardar los derechos de un grupo específico de la población que merece especial protección debido a (i) su avanzada edad y a (ii) sus limitados ingresos económicos. De tal suerte, el ejercicio de ponderación que se debe hacer en esta oportunidad ha de tener en cuenta que los destinatarios de la medida no son ciudadanos ordinarios que puedan soportar las cargas tributarias del mismo modo que las demás personas, se trata de personas con recursos muy restringidos, con una salud usualmente deteriorada –lo que les impone el deber de pagar copagos y cuotas moderadoras– y que en muchas ocasiones colaboran con la manutención de hogares que dependen de estos ingresos, además que el incremento de su pensión se fije por el IPC en desventaja de los trabajadores quienes obtienen un mayor porcentaje.

Así, partiendo de la aplicación del principio de solidaridad y de la protección a la dignidad humana (artículos 1° y 13 superiores), el ordenamiento jurídico les reconoce una protección especial a los ancianos en situación de pobreza extrema, a la hora de proteger sus derechos individuales,



lo cual se ve reflejado en disposiciones de rango constitucional, de derecho internacional y en el orden legal.

Conforme a lo anterior, la reducción dispuesta en el presente proyecto de ley exige a las instituciones que administran los recursos del sistema de seguridad social realizar una administración eficiente y competente de estos dineros a fin de que las cargas económicas que soportan quienes tienen menores ingresos resulten más llevaderas y, por lo tanto, puedan atender de mejor manera sus necesidades básicas.

Por los honorables Congresistas,

Por los honorables congresistas,

Alexander López  
Fabián Valencia  
Jorge Humberto Mantilla Serrano  
Luis López  
Victoria Sandra Simanca  
Antonio Sanguino P  
Naira Pri' Pizarro R.  
Óscar Mantilla P

CÁMARA DE REPRESENTANTES  
SECRETARÍA GENERAL

El día 20 de julio de 2018 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 008 con su correspondiente exposición de motivos, por el honorable Senador *Alexánder López*; honorable Representante *David Rosero* y otros honorables Representantes y honorables Senadores.

El Secretario General,

*Jorge Humberto Mantilla Serrano.*

**CONTENIDO**

Gaceta número 559 - Jueves, 2 de agosto de 2018

CÁMARA DE REPRESENTANTES		
PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO		Págs.
Proyecto de Acto Legislativo número 009 de 2018 Cámara, por el cual se incorpora el artículo 49-A dentro del Capítulo II del Título II de la Constitución Política de Colombia. ....	1	
PROYECTOS DE LEY		
Proyecto de ley número 007 de 2018 Cámara, por medio de la cual se incorporan al Título XII del Código Penal (ley 599 de 2000) disposiciones tendientes a combatir grupos armados organizados ilegales de cualquier tipo, incluyendo los denominados autodefensas; grupos de seguridad que ejecuten actos ilegales; paramilitares, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas u otras denominaciones equivalentes. ....	13	
Proyecto de ley número 008 de 2018 Cámara, por la cual se reduce la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados. ....	23	