



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XIX - N° 799

Bogotá, D. C., viernes, 22 de octubre de 2010

EDICIÓN DE 20 PÁGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 15 DE 2010 SENADO

por medio del cual se adiciona de forma transitoria el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

Bogotá, D. C., octubre 22 de 2010

Honorable Senador

EDUARDO ENRÍQUEZ MAYA

Presidente

Comisión Primera Constitucional

Senado de la República

E. S. D.

Respetado Señor Presidente:

En cumplimiento del encargo hecho por la Mesa Directiva, de la Comisión primera constitucional permanente del Senado de la República y acatando el Reglamento del Congreso en sus artículos 156, 157 y 158 de la Ley 5ª de 1992, me permito rendir informe de ponencia para **primer debate** ante la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República, al **Proyecto de Acto Legislativo número 15 de 2010 Senado**, *por medio del cual se adiciona de forma transitoria el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia*, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO

El Proyecto de Acto Legislativo 15 de 2010 Senado, es iniciativa de los Honorables Senadores Javier Cáceres Leal, Armando Benedetti, Gloria Inés Ramírez, Juan Manuel Galán, Roberto Gerlín, Luis Fernando Velasco y otros. Por el tema de la materia, fue repartido a la Comisión Prime-

ra Constitucional del Senado de la República y la mesa directiva, en ejercicio de sus funciones, me designó como **ponente para primer debate**.

OBJETO DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO

El Proyecto de Acto Legislativo tiene por objeto, según se desprende de la exposición de motivos, establecer un mecanismo que homologue las pruebas del concurso público establecidas en el concurso de mérito convocado por la Comisión Nacional de Servicio Civil, para acceder a los cargos de carrera administrativa, por cinco años de experiencia en el ejercicio del cargo.

Para materializar la presente propuesta, se propone adicionar un párrafo de forma transitoria, al artículo 125 Superior.

CONSIDERACIONES

El Acto Legislativo cuenta con un solo artículo, que adiciona un párrafo transitorio al artículo 125 Constitucional.

Nuestro ordenamiento constitucional preceptúa en su artículo 125, “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera...”.

“... el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes...”.

Es procedente recordar, que la Ley 443 de 1998 “*por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones*”, estableció en su artículo 10, la posibilidad de la provisión de empleos de carrera, a través de nombramiento en provisionalidad.

La referida norma advertía que, la provisionalidad era de cuatro meses, prorrogables hasta por

cuatro meses más. Sin embargo, para los servidores públicos que fueron vinculados a través de esta clase de nombramientos, su permanencia se prolongó en el tiempo por 5, 10, 15 y más años, lo cual en nuestro criterio no permite hablar en forma rigurosa de la existencia de empleados provisionales, puesto que estos no existen jurídicamente por las circunstancias de permanencia que le imprimió la prenombrada norma jurídica.

En este orden de ideas, no es aceptable insistir en denominar como provisionales a quienes fueron vinculados a la administración pública a través de un nombramiento con carácter de provisional, y hoy permanecen en sus cargos por un tiempo superior a ocho meses, que como lo hemos manifestado en algunos casos superan los veinte años.

Es la propia Carta Política en su artículo 53 la que establece como principio fundante “**la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**”, este principio ha sido objeto de estudio por parte de nuestro alto Tribunal Constitucional y en Sentencia T-798 de 1999, manifestó:

“4. El principio de primacía de la realidad en materia laboral.

En cuanto a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, en Sentencia T-166 de 1997, que fue reiterada en la Sentencia T-243 de 1998, de las que fue ponente el H. M. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte dijo:

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP artículo 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Este principio guarda relación con el de prevalencia del Derecho sustancial sobre las formas externas, consagrado en el artículo 228 de la Constitución en materia de administración de justicia.

Más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de relación que con traen, o de la forma que pretendan dar a la misma, importa, a los ojos del juez y por mandato expreso de la Constitución, el contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que en verdad la determinan.

Es esa relación, verificada en la práctica, como prestación cierta e indiscutible de un servicio personal bajo la dependencia del patrono, la que debe someterse a examen, para que, frente a ella, se apliquen en todo su rigor las normas jurídicas en cuya preceptiva encuadra.

Eso es así, por cuanto bien podría aprovecharse por el patrono la circunstancia de inferioridad y de urgencia del trabajador para beneficiarse de sus servicios sin dar a la correspondiente relación jurídica las consecuencias que, en el campo de sus propias obligaciones, genera la aplicación de las disposiciones laborales vigentes, merced a la utilización de modalidades contractuales enderezadas a disfrazar la realidad para someter el vínculo laboral a regímenes distintos”.

Este principio como lo ha observado la honorable Corte Constitucional guarda relación con la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas externas, y más que las definiciones o formas de contratación, debe analizarse por parte de las autoridades, es el contenido material de la relación, sus características y los hechos que la determinan. En el caso que nos ocupa, reiteramos, la realidad es que los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad han permanecido en el cumplimiento de sus funciones por más de 10, 15 y 20 años, y dicha labor la han hecho de una manera idónea, eficaz y eficiente, al punto de que con la alta rotación burocrática en el sector público, los servidores públicos nombrados en provisionalidad han conservado sus cargos.

Verificada la realidad laboral de los servidores públicos en provisionalidad, se requiere reconocer las consecuencias jurídicas a favor de éstos y la presente iniciativa de Acto Legislativo propende materializarlo.

Se suma a lo anterior, que la actividad de los órganos y entidades del Estado fue prácticamente nula, para desatar los procesos necesarios para que se adelantaran los concursos de mérito, a fin de seleccionar los servidores públicos para proveer los cargos que se encontraban vacantes o en provisionalidad. Esta inactividad administrativa es una falla de la administración pública imputable a ella y no a los servidores públicos en provisionalidad; dicha desatención administrativa, tiene al borde del despido a más de cien mil funcionarios públicos vinculados con nombramiento de provisionalidad.

Durante la permanencia de los servidores públicos, vinculados a la administración pública, en calidad de provisionales, han ejercido sus respectivos cargos, con ética, idoneidad, capacidad, eficacia y eficiencia y en muchos casos, se han convertido

en la memoria histórica de las instituciones donde laboran, prueba de ello es que a través del tiempo con distintos nominadores estos no han prescindido de sus servicios pese a las graves deformaciones y vicios que en materia de incorporación laboral en el campo de la administración pública son práctica de común ocurrencia, para el pago de favores políticos.

Frente a este aspecto, es necesario llamar la atención que la relación laboral entre la administración pública, con los servidores públicos, vinculados en calidad de provisionales, se prolongó en el tiempo, generando un fenómeno que requiere especial protección por parte del estado, garantizándoles su estabilidad.

En consideración a lo expuesto y otros argumentos más, es que el Congreso de la República ha impulsado iniciativas legislativas, tendientes al reconocimiento de los derechos fundamentales de los empleados que ingresaron a la administración pública con nombramiento de provisionales, específicamente el Acto Legislativo 01 de 2008 y Proyecto de ley 117 de 2007, declarados inexequibles por la honorable Corte Constitucional, fallos que nos compelen a cumplirlos a cabalidad, en nuestra condición de ciudadanos y máxime cuando se hace parte de una rama del poder como la legislativa, sin que ello implique que no se pueda disentir del contenido de estos, por tener conceptos y razones de orden constitucional y legal que nos invitan a ello.

La Ley 909 de 2004, hace parte del desarrollo legislativo en materia de la normatividad del empleo público, normas de carrera administrativa y de la gerencia pública. Este Estatuto, dio un paso definitivo para consolidar los mandamientos constitucionales, de establecer una carrera administrativa para los empleos en los órganos y entidades del Estado y el desarrollo del principio del mérito, como antídoto jurídico a las seculares prácticas clientelares, para acceder a los cargos estatales.

Debemos recordar que el precepto normativo en mención, desarrolló la naturaleza, composición y funciones entre otros aspectos, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, responsable de la administración y vigilancia de las carreras de servidores públicos, con excepción de las que tengan carácter especial.

Es precisamente, este órgano de carácter constitucional, el que en uso de sus facultades, ha convocado a los concursos de mérito, para elaborar las respectivas listas de elegibles.

En este aspecto, es necesario analizar con mayor ponderancia, el tema del contenido de las evaluaciones, puesto que ellas, se han convertido en un verdadero obstáculo, para el acceso a los cargos convocados en los respectivos concursos, de los empleados denominados “provisionales”, en razón, que la primera prueba denominada de conocimientos generales, se ha circunscrito a los temas de conocimiento de la Constitución Polí-

tica y estructura del Estado, temas estos, que en verdad, son de mayor manejo de quienes han terminado sus estudios secundarios o universitarios en época reciente, frente a aquellos que vienen ejerciendo sus cargos de tiempo atrás. En igual sentido, no resulta avalable, que estas pruebas sean de carácter general, aplicables en términos indiscriminados, sin tener en cuenta las características y particularidades, de cada una de las regiones y localidades de nuestro país y lo más censurable en este aspecto, es darle el carácter de clasificatorio, para poder acceder a la segunda prueba, esto es, que un aspirante que no obtenga un puntaje superior de 60, quedará excluido automáticamente del concurso, negándole la posibilidad de demostrar en la segunda prueba, que versa sobre conocimiento específico del cargo, la idoneidad, conocimiento y capacidad para seguirlo desarrollando.

La Corte Constitucional ha considerado de vital importancia los instrumentos que se materialicen en los procesos de selección del personal de carrera; ha precisado que la Comisión Nacional del Servicio Civil o sus delegados conozcan mediante contacto directo a los aspirantes, y pondere de manera razonable las características personales, profesionales, de preparación y actitud de cada uno de ellos y ha precisado: **“la Carta establece que los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes respecto del ingreso y ascenso a los cargos de carrera, deben de ser fijados por el legislador”.** (Sentencia C372 de 1999).

Resulta inobjetable que las pruebas son un instrumento que debe permitir evaluar las capacidades, aptitudes e idoneidad de los aspirantes de una manera integral, para que este proceso tenga como consecuencia lógica que los aspirantes que ingresen a la carrera administrativa den certeza del cumplimiento a los principios de la función pública, consagrados en el artículo 209 de nuestro ordenamiento superior.

Es notorio que el sistema de evaluación implementado, no atiende los postulados analizados anteriormente, lo que amerita plantear una revisión a estos para evitar que se sigan vulnerando los derechos de los trabajadores especialmente de los provisionales. En igual sentido, se requiere plantear alternativas en el desarrollo del concurso de méritos que posibilite examinar la capacidad, idoneidad, eficacia y eficiencia de quienes hoy ocupan los cargos de carrera en calidad de provisionales, dando cumplimiento así a tratados internacionales suscritos por nuestro país y a innumerables pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional.

CONTENIDO

Consecuente con la problemática que afrontan los denominados servidores públicos provisionales, nos declaramos partidarios de la presente iniciativa de Acto Legislativo, por considerar, que es justo, proporcional y razonable, homologar las

pruebas de conocimiento establecidas dentro del concurso de méritos, por la experiencia de cinco años, en el ejercicio de cargos de carrera en calidad de provisionales.

Y es el momento de precisar, que no se trata de eludir el principio constitucional del mérito, para acceder a los cargos de la administración pública, principio con el cual estamos de acuerdo y en consecuencia, toda nuestra actividad legislativa en este tema, ha estado encaminado a materializarlo como consta en las diferentes actas de la Comisión Séptima y Plenaria del Senado.

Por lo anterior, compartimos plenamente lo afirmado por la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-588 de 2009, **“De conformidad con la interpretación realizada por la Corte Constitucional, la carrera administrativa se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y en la capacidad del empleado público, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde, siendo en consecuencia el mérito el factor definitorio para el ascenso, permanencia y retiro del empleo público, y, en esta medida, el artículo 125 Superior establece el criterio del mérito como regla general. Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, que el constituyente previó como mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa, ...”**.

Para dar cumplimiento a los pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional, me permitiré presentar pliego de modificaciones al Proyecto Acto Legislativo de autoría de los honorables Senadores Javier Cáceres Leal, Armando Benedetti, Gloria Inés Ramírez, Juan Manuel Galán, Roberto Gerlén, Luis Fernando Velasco y otros, en el sentido de suprimir la inscripción automática de los servidores públicos a la carrera administrativa y pediré que se homologue dentro del concurso de mérito, las pruebas de conocimiento que hacen parte de este, por cinco años de experiencia en el ejercicio del cargo de carrera. De igual manera, propondremos que la homologación se verifique siempre y cuando el servidor público debe estar ejerciendo el empleo en provisionalidad al momento de entrar en vigencia el presente Proyecto de Acto Legislativo y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la respectiva convocatoria del concurso.

La homologación propuesta para nada modifica el precepto Superior 125, puesto que el principio del mérito queda incólume. La propuesta radica en posibilitar como ya se dijo, que las pruebas de conocimiento puedan ser homologadas con experiencia de cinco años en el ejercicio del cargo. No se trata entonces de una inscripción automática en carrera, reiteramos, es el reconocimiento de una vinculación laboral con la admi-

nistración pública, que con el tiempo se convirtió en sui generis y que hace necesario que los poderes públicos adopten salidas de carácter jurídico que proteja los derechos fundamentales de los servidores públicos en calidad de provisionales tales como el derecho al trabajo digno y estable que tiene relación directa con preceptos constitucionales como el derecho a la vida en condiciones dignas y justas, derechos a la institución familiar, protección a la niñez, etc.

La homologación tiene fundamento legal en la Ley 909 del 2004, especialmente en sus Decretos Reglamentarios 760 y 785 del 2005, que contemplan la posibilidad, que los aspirantes a un cargo público, puedan reemplazar ciertas calidades académicas por experiencia o viceversa. Por esto, encuentro razonable y proporcional y hace justicia, que equivalencias, sustituyan las pruebas de conocimiento, previstas en la Convocatoria 01 de 2005, de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

El empleado, que ostenta la calidad de provisional por más de cinco años, y en este lapso de tiempo ha demostrado idoneidad, capacidad, eficacia y eficiencia, para el desarrollo de sus funciones laborales, sin lugar a equívocos, ha adquirido una vasta experiencia, que le imprime la posibilidad de que esta pueda homologarse frente a las pruebas de conocimiento.

DERECHO A UN TRABAJO JUSTO, DIGNO Y ESTABLE

La situación de estabilidad precaria, calificada así por algunos operadores de justicia, frente a los denominados empleados en provisionalidad, que tiene como consecuencia jurídica, que no se generen para estos derechos adquiridos, que se consolidaron con el transcurrir del tiempo, merece que hagamos un análisis.

Nuestro ordenamiento superior, en su preámbulo y en varios preceptos constitucionales, establece el derecho al trabajo en términos de justicia, dignidad y estabilidad, como condición sine qua non, para la consolidación de un Estado Social de Derecho.

El trabajo visto como el instrumento que posibilita el desarrollo integral de la familia, como fuerza decisiva para contribuir al bienestar general y a la paz, requiere que las autoridades den una valoración y protección especial, para que este se delante de una manera adecuada y acorde con la dignidad de las personas. Es la propia declaración universal de los derechos humanos, que en su artículo 28 establece:

“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

Estos principios son desarrollados por instrumentos internacionales, tales como:

El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, ratificados por Colombia, mediante la Ley 74 de 1968. “Artículo 6°. 1. Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado y tomarán todas las medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados partes en el presente pacto para lograr la Plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formulación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas, encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas, fundamentales de la persona humana”.

En su artículo 7°, establece: “Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho a toda persona al goce de condiciones de trabajo, equitativas y satisfactorias que le aseguren especial:

...

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que él corresponda, sin más consideraciones que los **factores de tiempo de servicio y capacidad**”. (Subrayado nuestro).

El derecho a que toda persona goce de condiciones de trabajo, equitativas y satisfactorias, tiene íntima relación con la evaluación de factores como el tiempo de servicio y la capacidad, puesto que la primera de estos permite obtener una experiencia calificada que conllevó a la capacidad para desarrollar las funciones confiadas por la administración pública. Son estos factores los que hemos analizado para llegar a la convicción de que la relación laboral de los servidores públicos nombrados en provisionalidad con la administración estatal, ha desatado unos mecanismos de que tienen como consecuencia la aplicación del principio de la estabilidad en el empleo, que en palabras de la honorable **Corte Constitucional**

“PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Mediante el principio de la estabilidad en el empleo, que es aplicable a todos los trabajadores, independientemente de que sirvan al Estado o a patronos privados, la Constitución busca asegurar que el empleado goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del patrono”.

“... busca asegurar que el empleado goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de ma-

nera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia por la decisión arbitraria del patrono”. (Sentencia C-016 de 1998).

Los servidores públicos denominados provisionales han laborado durante largos años en la administración pública, tiempo en el cual han ejercido sus funciones con capacidad, idoneidad, ética, eficacia y eficiencia, factores estos de tiempo y capacidad que nos compelen a reconocerlos y darles la protección a sus derechos otorgados en nuestro ordenamiento jurídico.

El protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, ratificado por nuestro país, Ley 319 de 1996. “Artículo 6°. Derecho al trabajo: 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita, libremente escogida o aceptada.

Los Estados partes se comprometen adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos...”.

“Artículo 7°. Condiciones justas, equitativas y satisfactorias al trabajo.

...

c) El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrá en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio.

d) **La estabilidad de los trabajadores en sus empleos**, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causales de justa separación”. (Subrayado nuestro).

Como se puede observar, esta norma de orden supranacional y con la cual está comprometido nuestro estado, debe materializarse, máxime si se tiene en cuenta los pronunciamientos que en esta materia ha realizado la Corte Constitucional, protegiendo los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas.

Siendo la estabilidad un derecho fundante reconocido por nuestro ordenamiento superior, se debe deprecar sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad, que en el caso que nos ocupa, es precisamente el objeto del presente Acto Legislativo, reconocer el tiempo de servicio y la capacidad con que han desarrollado sus funciones misionales los servidores públicos que fueron vinculados en calidad de provisionales y que han permanecido en los cargos, reiteramos, por más de 5, 10, 15 y 20 años.

Los anteriores principios mencionados, han sido objeto de desarrollo en la normatividad inter-nacional (Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y seguimien-to. OIT 1998).

Como nuestro país, como ya lo indicamos, ha ratificado estos pactos, lo cual tiene como conse-cuencia que ingresan automáticamente a nuestro ordenamiento jurídico, se requiere que las autori-dades velen por su cumplimiento integral y en el caso que nos ocupa, debe prodigar por mecanis-mos que posibiliten el reconocimiento de los de-rechos adquiridos con el transcurrir del tiempo por los servidores públicos que fueron nombrados en calidad de provisionales. Los cuales no son otros, que el de la estabilidad y ascenso.

Con el fin de armonizar los derechos de los ser-vidores públicos nombrados en provisionalidad, y los pronunciamientos de la honorable Corte Con-stitucional, nos permitimos presentar un pliego de modificaciones al Acto Legislativo en estudio, consistente en suprimir la inscripción extraordina-ria y automática de los servidores públicos a la car-rrera administrativa, de igual manera suprimimos lo concerniente a la situación administrativa “de los encargos”. En cuanto a la materialización de la homologación de las pruebas de conocimiento, previstas en el concurso público por cinco años de experiencia en el ejercicio del cargo, deben cum-plirse adicionalmente dos condiciones: que el ser-vidor público al momento de entrar en vigencia el presente Acto Legislativo, debe estar ejerciendo el empleo en provisionalidad y cumplir con las cali-dades y requisitos exigidos en la convocatoria co-rrespondiente al concurso.

Se trata que dentro del concurso, la autoridad competente Comisión Nacional del Servicio Civil o quien haga sus veces, homologue las pruebas de conocimiento, por cinco años o más en el cargo, reconociendo así, la ética, la idoneidad, la capaci-dad, la eficiencia y eficacia, en el cumplimiento de sus funciones misionales de los servidores públi-cos nombrados en provisionalidad.

PLIEGO DE MODIFICACIONES

1. Modifíquese el título del acto legislativo en estudio, quedando así:

“Por medio del cual se adiciona en forma tran-sitoria **un párrafo transitorio** en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia”.

2. Modifíquese el artículo 1° del proyecto de acto legislativo, el cuál quedará así:

Parágrafo transitorio. Con el fin de determi-nar las calidades de los aspirantes a ingresar a los cargos de carrera, la Comisión Nacional del Servicio Civil o quien haga sus veces, homolo-gará las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público por cinco años de expe-riencia en el ejercicio del cargo de carrera a los servidores públicos nombrados en calidad de provisionales. Para que opere esta homologa-

ción, el servidor público debe estar ejerciendo el empleo en provisionalidad al momento de en-trar en vigencia el presente Acto Legislativo y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la Convocatoria del respectivo concurso.

La Comisión Nacional de Servicio Civil o quien haga sus veces, expedirá los actos admi-nistrativos necesarios tendientes a dar cumpli-miento a lo establecido en el presente acto legis-lativo.

PRÓPOSICIÓN FINAL

En armonía con lo antes escrito, proponemos a los miembros de la Comisión Primera del Se-nado de la República, se apruebe en primer de-bate el **Proyecto de Acto Legislativo número 15 de 2010 Senado**, por medio del cual se adi-ciono de forma transitoria el artículo 125 de la *Constitución Política de Colombia*, con las mo-dificaciones propuestas en el presente informe de ponencia.

Atentamente,

Luis Carlos Avellaneda Tarazona,

Senador Ponente.

TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 15 DE 2010 SENADO

por medio del cual se adiciona en forma transitoria un párrafo en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución Política de Co-lombia, así:

Parágrafo transitorio. Con el fin de determi-nar las calidades de los aspirantes a ingresar a los cargos de carrera, la Comisión Nacional del Servi-cio Civil o quien haga sus veces, homologará las pruebas de conocimiento establecidas en el con-curso público por cinco años de experiencia en el ejercicio del cargo de carrera a los servidores públicos nombrados en calidad de provisionales. Para que opere esta homologación, el servidor público debe estar ejerciendo el empleo en pro-visionalidad al momento de entrar en vigencia el presente Acto Legislativo y cumplir con las cali-dades y requisitos exigidas en la Convocatoria del respectivo concurso.

La Comisión Nacional de Servicio Civil o quien haga sus veces, expedirá los actos administrativos necesarios tendientes a dar cumplimiento a lo esta-blecido en el presente acto legislativo.

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

Atentamente,

Luis Carlos Avellaneda Tarazona,

Senador Ponente.

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 08 DE 2010 SENADO

por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.

Bogotá, D. C., octubre de 2010

Honorable Senador

EDUARDO ENRÍQUEZ MAYA

Presidente Comisión Primera

Honorable Senado de la República

La Ciudad

Apreciado doctor:

En cumplimiento del honroso encargo impartido por la Mesa Directiva de la Comisión Primera del honorable Senado de la República, procedo a rendir informe de ponencia para el primer debate al **Proyecto de ley número 08 de 2010 Senado**, por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.

I. Antecedentes del proyecto de acto legislativo

La presente propuesta de reforma constitucional fue presentada por iniciativa de los honorables Congresistas: Alexandra Moreno Piraquive, Manuel Virgüez, Carlos Alberto Baena López Senadores de la República y Gloria Stella Díaz Ortiz, Representante a la Cámara de la Bancada del Partido MIRA, radicada en la Secretaría General del honorable Senado de la República, que mediante competencia en materia fue dispuesta para su estudio en la Comisión Primera del Senado de la República y publicada en la *Gaceta* número 459 de 2010.

Posterior al recibo del expediente del proyecto, como consta en la Secretaría de la Comisión Primera, se designa como ponente al suscrito para dar primer debate.

Objetivo del proyecto

De acuerdo a los autores, esta iniciativa parlamentaria tiene por objeto garantizar la protección de los derechos fundamentales de la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, que son vulnerados a través de manifestaciones de Racismo y Discriminación Racial mediante la imposición de penas, multas y sanciones a quienes incurran en actos de racismo y discriminación racial.

II. Viabilidad constitucional de la iniciativa

El proyecto es de origen parlamentario, el contenido del mismo no genera vicios en cuanto a la facultad de iniciativa legislativa, toda vez que al revisar el contenido jurídico esencial del mismo no se advierte que exista un origen reservado, o de iniciativa privativa del Gobierno en los términos del artículo 154 Constitucional, razón por la cual cumple con el requisito de la viabilidad constitucional y se ajusta en unidad de materia.

III. Fundamentos legales y constitucionales

Los fundamentos de orden legal y constitucional que se invocan como sustento del presente proyecto de ley son en primer término la Carta Polí-

tica que en su Preámbulo establece dentro de los valores constitucionales la igualdad que se aplica a las relaciones entre las personas que se encuentran dentro del territorio colombiano. Desde este punto de vista, el proyecto busca materializar dicha igualdad sancionando los actos discriminatorios en materia racial, nacional o étnica.

Por otra parte, dentro de la Constitución Política se estatuye como uno de los principios constitucionales fundamentales el de dignidad humana, que establece una aplicación inmediata. Es por ello que la presente disposición normativa al penalizar los actos discriminatorios anteriormente referidos, que se oponen de manera clara a la naturaleza de dicho principio fundamental, pretende concretar tal prescripción general establecida por el constituyente del año 1991.

El artículo 4° de la Carta reconoce la supremacía de la Constitución que de la mano del artículo 93 ibídem establece como bloque de constitucionalidad la supremacía de los tratados y convenios internacionales que en materia de derechos humanos hayan sido ratificados por el Congreso de la República. El artículo 5° de la Norma Superior, en concordancia con lo anterior, establece “sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona”, lo cual desde la perspectiva del presente proyecto de ley se reafirma al condenar la discriminación como criterio diferenciador en el ejercicio o aplicación de los derechos humanos y de las libertades individuales. También, el respeto que se pretende concretar por medio del presente proyecto de ley, acerca del origen nacional, étnico o cultural de una persona, encuentra sustento constitucional en el reconocimiento y protección del principio fundamental de “diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana que fue adoptado por mandato del constituyente a través de la Norma Fundamental en su artículo 7°.

En materia de derechos fundamentales es donde se puede encontrar un fuerte fundamento que da asiento al presente proyecto de ley, que desde el artículo 13 de la Constitución Política establece en primer término el derecho de libertad e igualdad que tienen todas las personas ante la ley, donde “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”. Es claro que la discriminación por las razones enunciadas en el texto constitucional pone en gran riesgo el reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad, que de no ser reafirmado como se pretende, da pie a la tajante vulneración y desconocimiento del mismo. En segundo término, el mismo artículo en su inciso segundo prescribe que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”. De esta forma, se busca mediante el establecimiento de políticas, leyes y acciones afirmativas, la crea-

ción de condiciones que permitan la realización efectiva del derecho fundamental a la igualdad, en especial de aquellos grupos que por su condición puedan verse discriminados de una u otra forma. En consecuencia, pueden identificarse aquellos grupos étnicos, raciales y de minorías nacionales, que según el mandato constitucional deberán contar con una protección especial a fin de no ver vulnerados sus derechos, en especial el de igualdad. De esta manera puede apreciarse que no bastaría con una protección única y exclusiva a nivel individual, sino también sobre el grupo, reafirmando los intereses colectivos de una comunidad.

Es así, que los grupos sobre los cuales busca tener mayor alcance el presente proyecto de ley, es sin lugar a dudas aquellos grupos que demandan mayor protección por parte del Estado para acabar con los señalamientos realizados a través de los actos de discriminación racial, en especial los que recaen sobre comunidades indígenas y afrodescendientes.

La legislación colombiana ha dado especial protección a dichas comunidades reconociendo su importancia dentro de la diversidad étnica y cultural de la Nación. La Ley 21 de 1991, que aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, reconoce los derechos, valores y tradiciones culturales de la población indígena y pueblos tribales con miras a su preservación en condiciones de igualdad y sin ninguna discriminación¹. En cuanto a las comunidades afrodescendientes, se reconoció su calidad de grupo étnico mediante la aprobación dentro del ordenamiento jurídico colombiano de la Ley 70 de 1993, en donde se resalta “el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural, y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana”; “el respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras”; su participación y establecimiento de organizaciones en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley². Partiendo de tal punto legal, la aplicación derivada de la titularidad de los derechos colectivos compartidos entre las comunidades indígenas y las comunidades negras³, genera de igual forma la aplicación de la norma punitiva favorable a sus intereses.

La Ley 22 de 1981⁴, impone al Estado la obligación contraída internacionalmente de condenar y penalizar todos aquellos actos de discriminación

racial, inclusive aquellas ideas que propugnen por el odio y la incitación a ella.

Por último, la jurisprudencia como subregla constitucional se ha pronunciado al respecto de la discriminación, en donde se reitera la violación a los principios superlativos a la constitución y a los derechos a la igualdad y dignidad humana. De igual forma, para la Corte Constitucional, se trata de una conducta que desconoce los ideales democráticos, puesto que impide el desenvolvimiento participativo del sujeto en la sociedad y supone un quebrantamiento de los designios de convivencia plural, diversidad étnica y cultural, igualdad, paz y justicia⁵.

IV. Normatividad Internacional

Las tendencias actuales en cuanto a las medidas contra la discriminación racial en el Derecho Internacional se reafirman tanto en el carácter individual como en el colectivo. Es así que la Comunidad Internacional entiende que la norma de no-discriminación centrada en el individuo, no es suficiente para asegurar los derechos de las personas como “miembros de grupo”, ni para proteger los “derechos en cuanto grupo”. Lo anterior, se reitera de manera especial para las sociedades multiétnicas, multiculturales, y en aquellas que cuentan con minorías nacionales.

Podemos encontrar normas en el derecho internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial; una primera dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en los artículos 2° y 7°⁶, donde se menciona como uno de los principales derechos naturales inherentes al hombre el de igualdad sin ninguna clase de discriminación:

“Artículo 2°

“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

[...]

“Artículo 7°

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Los derechos de primera generación, consolidados en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas**⁷ establecen la prohibición en cuanto a la discriminación, y en el numeral 2 del artículo 20 en concordancia

⁵ Véase también Sentencias T-1090 de 2005 M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-131 de 2006 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A(III), de 10 de diciembre de 1948.

⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

¹ Cfr. Artículos 1° a 5° especialmente de la Ley 21 de 1991.

² Cfr. Artículo 6°. Ley 70 de 1993. En el mismo sentido, véase las Leyes 99 de 1993 y 199 de 1995.

³ Como quedó expresado en Sentencia C-169 de 2001 de la honorable Corte Constitucional, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en cuanto al grupo de derechos colectivos compartidos entre comunidades indígenas y comunidades negras.

⁴ Por medio de la cual se aprueba “La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial”. Cfr. El literal a) del artículo 5°, ibídem.

con el artículo 26 se reitera la prescripción internacional de rechazo contra esta conducta:

Artículo 20

[...]

“2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. Al respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Finalmente, la consolidación internacional de los derechos humanos tiene lugar mediante la adopción del segundo bloque o derechos de segunda generación, con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸ en los cuales se enuncia el rechazo a este tipo de conducta en cuanto a asegurar este tipo de derechos sin ninguna clase de discriminación, como se ve seguidamente en el numeral 2 de su artículo 2°:

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La preocupación real de los actos y manifestaciones de discriminación en el mundo, y en especial aquéllas impulsadas por los Estados mismos, hizo que la Comunidad Internacional se pronunciara contra ellas a través de la adopción de instrumentos jurídicos internacionales para poner fin a estos hechos. De allí que en primer término se adoptara la **Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial**⁹, siendo el primer intento de combatir este flagelo de manera directa. Allí se realizan los primeros lineamientos como se ve a continuación:

“Artículo 1°

La discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico es un atentado contra la dignidad humana y debe condenarse como una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, un obstáculo para las relaciones

amistosas y pacíficas entre las naciones y un hecho susceptible de perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos”.

También se establece la prohibición para los Estados, instituciones, grupos de personas e individuos de discriminar por dichos motivos en la aplicación de los **Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**. Se impone en el artículo 5° la obligación de los Estados de adoptar políticas que impidan la realización de discriminación y segregación racial, así como de establecer recursos o amparos efectivos para que sea la justicia quien investigue dichos actos, como lo expresa el artículo 7°. En cuanto al tipo de responsabilidad que deberá derivarse de estas actividades, el artículo 9° lo define así:

“Artículo 9°

Toda clase de propaganda y organizaciones basadas en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinado color u origen étnico que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial en cualquier forma serán severamente condenadas.

1. Toda incitación a la violencia, o actos de violencia, cometidos por individuos u organizaciones, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico deben ser considerados como una ofensa contra la sociedad y punibles con arreglo a la ley.

3. Con el fin de realizar los propósitos y principios de la presente Declaración, todos los Estados deben tomar medidas inmediatas y positivas, incluidas las legislativas y otras para enjuiciar y, llegado el caso, para declarar ilegales las organizaciones que promuevan la discriminación racial o inciten a ella, que inciten al uso de la violencia o que hagan uso de la violencia con propósitos de discriminación basados en raza, color u origen étnico.

Dentro de las normas más recientes en la concreción sobre la no discriminación en el derecho internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas daría paso a la adopción en 1965, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial¹⁰, que fue ratificada por Colombia mediante la aprobación de la **Ley 22 de 1981**, en donde se establece de manera principal lo siguiente:

Determinación de la conducta de discriminación racial

Es importante la definición finalmente adoptada por la Convención al incluir una concepción amplia de lo que denotaba la “discriminación racial”, no sólo limitándose a las diferencias eminentemente basadas en la raza o color, sino también al incluir otras como las de posición social, origen nacional o étnico. El texto recoge todo en los siguientes términos:

⁸ 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.

⁹ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1963 Resolución 1904 (XVIII).

¹⁰ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2106 (XX) del 21 de diciembre de 1965.

“Artículo 1°

1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Cooperación Internacional para la promoción y estímulo de los derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción alguna por motivos raciales.

Los principios enunciados buscan la promoción y estímulo de los Estados miembros de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reafirmando de manera especial la igualdad y dignidad de los individuos “sin distinción alguna, en particular por motivos de raza, color u origen nacional”.

Protección de la ley contra la discriminación

Partiendo de la base de la igualdad de los individuos ante la ley, se busca la misma protección contra toda forma de discriminación y contra toda incitación o apología a la discriminación, en especial por motivos raciales. De igual manera se rechazan prácticas de colonialismo, segregación y discriminación por parte de los países.

Condena a la diferenciación y discriminación racial como barrera en las Relaciones Internacionales

Toda diferenciación o discriminación generada en teoría sociales, desde el punto de vista de la comunidad internacional es un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones, perturbando la convivencia dentro de un mismo Estado, por lo cual se estatuye como una conducta totalmente condenable a la luz de la política y el derecho internacional.

Adopción de medidas necesarias para eliminar rápidamente la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones

La declaración como finalidad se propone establecer la obligación a las altas partes contratantes en la “adopción de todas las medidas necesarias para eliminar rápidamente la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y combatir las doctrinas y prácticas racistas con el fin de promover el entendimiento entre las razas y edificar una comunidad internacional libre de todas las formas de segregación y discriminación racial”.

Para ello, la misma convención establece la adopción de políticas por parte de los Estados, que se encaminen a ese propósito en todas las instituciones de orden público estatal, en las organizaciones privadas, en los grupos de personas. De igual forma con la abstención, prohibición o anulación de leyes que propugnen por un trato diferente basado en motivos raciales. También mediante la abolición de políticas de este tipo.

Obligación para los Estados de promulgar leyes encaminadas a prohibir discriminación por motivos raciales

En su artículo 4°, la convención establece el deber de todos los “Estados para promulgar leyes encaminadas a prohibir esa discriminación y adoptar todas las medidas apropiadas para combatir aquellos prejuicios que dan lugar a la discriminación racial”.

Obligación de Declarar la Discriminación Racial como acto punible conforme la ley nacional

Una de las principales medidas que establece la convención para los Estados suscritos como se puede apreciar en el literal a) del artículo 5° es precisamente la de establecer la penalización tanto de la discriminación en sí, como de todas aquellas ideas que propugnen por el odio y la incitación a ella. El texto de la norma expresa de la siguiente manera dicha obligación para las altas partes:

a) Declaración como acto punible conforme a la ley, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto contra cualquier raza o grupos de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluidas su financiación.

También es clara la norma internacional en establecer la obligación de prohibir y declarar ilegales las organizaciones que propugnen por la discriminación, al igual que penalizar los actos de participación, actividad o propaganda que promuevan tal discriminación o inciten a ella. De igual forma se aplicará dicha medida para las autoridades tanto de orden nacional como local (literales b) y c) ibídem). Así se pronuncia dicha declaración sobre tales medidas:

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda que promuevan la discriminación racial o inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

Dentro de las medidas adicionales que se establecen para *poner fin a todas las formas de discriminación en el mundo*, están la de “tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de dis-

crimación racial y de la presente Convención”. (Artículo 7° *ibídem*).

La Declaración adoptada por la UNESCO sobre Raza y Prejuicio Racial¹¹ tiene un importante alcance puesto que define, dentro un marco más amplio, las diferencias de los pueblos y su derecho a ser tratados iguales. Las consideraciones más relevantes que se pueden identificar en ella son las siguientes:

Diversidad de las formas de vida, derecho a la diferencia y discriminación

Allí se establece el derecho de todos los individuos y grupos a ser diferentes, sin desconocer la única procedencia del género humano perteneciente a una misma especie, tal como quedó expresado en el artículo primero (1°):

“2. Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales. [...]”.

Sin embargo, pese a la diferencia que se da entre los diferentes individuos y grupos en el mundo, no significa que mediante este argumento se desconozca la dignidad humana y la igualdad de derechos, sino todo lo contrario, tratándose más bien de una condena contra los actos discriminatorios como sigue el texto del numeral 2 en el artículo uno (1), así:

“Sin embargo, la diversidad de las formas de vida y el derecho a la diferencia no pueden en ningún caso servir de pretexto a los prejuicios raciales; no pueden legitimar ni en derecho ni de hecho ninguna práctica discriminatoria, ni fundar la política de apartheid que constituye la forma extrema del racismo”.

Lo anterior se deduce igualmente al confrontarlo con otras disposiciones del artículo como la igualdad de capacidades de todos los grupos humanos para el desarrollo en las diferentes áreas de la existencia humana.

Rechazo de las teorías basadas en la discriminación racial, el racismo y la superioridad racial

Uno de los preceptos reiterados varias veces en el derecho internacional se trata del rechazo de las teorías basadas en la diferenciación de razas y grupos étnicos buscando la jerarquía mediante las acciones discriminatorias. Es así que el artículo dos (2) de la Declaración en comento establece dicho rechazo en los siguientes términos:

“Artículo 2°

1. Toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho de dominar o eliminar a los demás presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los principios morales y éticos de la humanidad”.

Prácticas discriminatorias contrarias al Derecho Internacional

Así mismo se puntualiza que las prácticas discriminatorias no sólo atentan contra el individuo mismo, sino que de igual manera generan un obstáculo mayor en “la cooperación internacional”, creando “tensiones políticas entre los pueblos” y situándose en un plano “contrario a los principios fundamentales del derecho internacional” y con lo cual se “perturba gravemente la paz y la seguridad internacional”.

La discriminación es incompatible con los derechos humanos

Toda discriminación realizada con motivos raciales constituye una violación a los derechos humanos, que trae consigo resultados negativos para las aspiraciones de la comunidad internacional:

“Artículo 3°

Es incompatible con las exigencias de un orden internacional justo y que garantice el respeto de los derechos humanos, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, el color, el origen étnico o nacional, o la intolerancia religiosa motivada por consideraciones racistas que destruye o compromete la igualdad soberana de los Estados y el derecho de los pueblos a la libre determinación o que limita de un modo arbitrario o discriminatorio el derecho al desarrollo integral de todos los seres y grupos humanos; este derecho implica un acceso en plena igualdad a los medios de progreso y de realización colectiva e individual en un clima de respeto por los valores de la civilización y las culturas nacionales y universales”.

En el mismo sentido se condenan las prácticas de segregación y “apartheid”, considerándolas como un crimen contra la humanidad (contra la conciencia y dignidad humana) que pone en grave riesgo la seguridad internacional.

Es responsabilidad del Estado garantizar la aplicación de los derechos humanos y de luchar contra las prácticas que constituyen discriminación racial.

Al reiterarse dicho principio, es claro que la finalidad del derecho internacional busca eliminar toda teoría que involucre discriminación basada en teorías de esa índole. Por ello una de las medidas que deben involucrarse en la realización del fin descrito, debe ser precisamente la sanción por parte del Estado. Para ello, la declaración se expresa así:

Artículo 6°

1. El Estado asume responsabilidades primordiales en la aplicación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por todos los individuos y todos los grupos humanos en condiciones de plena igualdad de dignidad y derechos.

En el mismo sentido, el artículo 9°, establece que toda forma de discriminación racial practicada por el Estado constituye una violación del derecho internacional que entraña su responsabilidad internacional.

¹¹ Aprobada y proclamada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura, reunida en París en su vigésima reunión, el 27 de noviembre de 1978.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el primer organismo de carácter internacional en acoger los Derechos de las “Poblaciones o Pueblos Indígenas o Tribales”, dentro de los cuales se encuentran la preservación de sus instituciones, tradiciones y adopción de medidas especiales a su favor. Se puede ver de esta manera cómo mediante la adopción de derechos de tercera generación -derechos colectivos y derechos de los pueblos - se protege la diversidad cultural y étnica de las naciones alrededor del mundo. El primero de los dos convenios¹² a los que se hace referencia es el 107 del año 1957 “Sobre poblaciones indígenas”, en el numeral 2 de su artículo tercero (3°) establece las medidas para la protección de las poblaciones indígenas, sin que ello se convierta en razón para la creación de un estado de segregación o de discriminación en el goce de los derechos de ciudadanía. El segundo convenio reseñado es el 169 del año 1989 “Sobre pueblos indígenas y tribales”, donde se afirma en su artículo tercero (3) el derecho de estos pueblos a “gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación”. Por otra parte, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, adoptó el Convenio 111 del año 1958 “Sobre la discriminación (empleo y ocupación)” donde se condena la discriminación entendida principalmente como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” y que además demanda la aplicación de políticas, prácticas y planes educativos que permitan la eliminación de este tipo de discriminación, al igual que derogar aquellas que sean incompatibles con este mandato.

En el contexto interamericano, las normas integrantes para los países miembros en el cual está incluido Colombia tienen como base el rechazo a la discriminación principalmente en tres normas. La primera es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la Persona, que en el reconocimiento de los derechos inherentes a toda persona contiene en su artículo II el precepto que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni ninguna otra. En segunda instancia, la Carta de la Organización de Estados Americanos establece en el literal 1) del artículo 3° sobre los principios lo siguiente: “Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo. En tercera instancia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 1 establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión,

opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

A nivel internacional existen múltiples experiencias afirmativas para la eliminación de conductas racistas y discriminatorias, algunas destacadas son:

BOLIVIA: Recientemente se aprobó en Bolivia la ley contra el Racismo y toda forma de discriminación, cuyo objeto es establecer mecanismos y procedimientos para la prevención y sanción de este tipo de actos en el marco de la Constitución Política del Estado y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. De igual forma se pretende eliminar conductas de racismo, toda forma de discriminación y consolidar políticas públicas de protección y prevención de estos delitos.

La ley se aplicará en todo el territorio nacional y en los lugares sometidos a su jurisdicción, sin reconocimiento de inmunidad, fuero o privilegio alguno a todos los bolivianos y bolivianas de origen o nacionalizados, y a todo habitante en el territorio nacional que se encuentre bajo la jurisdicción del Estado.

También busca acabar con actos de discriminación, racismo, xenofobia y homofobia o toda distinción y exclusión determinados por motivos de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

La ley establece penas de hasta cinco años de reclusión, de acuerdo al artículo 10. “Se sancionará con pena de uno a cinco años los casos en que los actos y omisiones objeto de discriminación, racismo, xenofobia y homofobia o toda distinción y exclusión se realicen en el sector público”.

ESPAÑA: Aprobó la Ley Orgánica 15/1994 del 1° de junio que comporta la adopción de medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para cumplir la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se creó un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia.

Modificó el Código Penal, introduciendo el artículo 165 que plantea que “Los que provoquen o inciten directamente o mediante la apología a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas”.

ALEMANIA: En el código alemán, las normas penales para la discriminación se encuentran bajo el epígrafe “Delitos Contra el Orden Público” que son castigados con prisión por no más de tres años o con multa para quienes “inciten al odio contra segmentos de la población o contra un grupo na-

¹² Convenios 107 del año 1957, “Sobre poblaciones indígenas”; y 169 del año 1989, “Sobre pueblos indígenas y tribales” de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

cional, racial, religioso o uno caracterizado por sus costumbres étnicas, o a medidas violentas o arbitrarias contra ellos, o que atropellen la dignidad humana de otros a través de insultos, maliciosamente perversos, o difamantes de sectores de la población o de un grupo caracterizado de antemano”.

Determina prisión o multa para quien “públicamente o en una reunión, de forma que pueda causar una perturbación del orden público, apruebe, niegue o disminuya la importancia de los actos cometidos bajo el dominio del Nacional Socialismo”.

La discriminación se penará además entre uno y cinco años de privación de libertad. El racismo se purgará entre dos y siete años de reclusión e incitar a la discriminación o el racismo será un delito penado con cárcel de uno a cuatro años.

URUGUAY: La Ley 17817 “de interés nacional promueve la lucha contra el racismo, la xenofobia y toda otra forma de discriminación”, y para ello obliga al Estado a emprender “la lucha contra todo tipo de discriminación”.

La norma crea una comisión honoraria contra el racismo, la xenofobia y toda otra forma de discriminación que debe “diseñar e impulsar campañas educativas tendientes a la preservación del pluralismo social, cultural o religioso, a la eliminación de actitudes racistas, xenofóbicas o discriminatorias y en el respeto a la diversidad”.

ARGENTINA: La Ley 23592 prohíbe y sanciona los actos de discriminación por motivos de raza y color, entre otros y obliga al infractor a reparar al discriminado el daño moral y material ocasionado y establece sanciones de tipo penal y económico ante la infracción de esta ley, que además obliga a que en todos los establecimientos comerciales se instale la presente leyenda: “Frente a cualquier acto discriminatorio, usted puede recurrir a la autoridad policial y/o juzgado civil de turno, quienes tienen la obligación de tomar su denuncia”.

La Ley 24514 de creación del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo en Argentina menciona que esa entidad “tendrá por objeto elaborar políticas nacionales y medidas concretas para combatir la discriminación, la xenofobia y el racismo, impulsando y llevando a cabo acciones para tal fin”.

Entre esas acciones está: “Diseñar e impulsar campañas educativas tendientes a la valorización del pluralismo social y cultural, y a la eliminación de actitudes discriminatorias, xenofóbicas o racistas participando en la ejecución de esas campañas; recopilar y mantener actualizada la información sobre el derecho internacional y extranjero en materia de discriminación, xenofobia y racismo; estudiar esos materiales y elaborar informes comparativos sobre los mismos”.

Del Derecho Penal Colombiano

El nuevo Código Penal colombiano la (Ley 599 de 2000), contiene varias disposiciones relacionadas con la prohibición de la discriminación en el país.

Así, es importante destacar que se encuentra el artículo 147 relativo a los “Actos de discriminación racial”, que de manera directa sanciona prácticas de segregación racial, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado. Adicionalmente, debe advertirse que otras conductas típicas contenidas en el Código Penal, se agravan cuando en el móvil subyacen motivos que implican de alguna forma discriminación o intolerancia racial, que constituyen así elementos modificadores de los límites de la pena, como por ejemplo ocurre con los casos del delito de desaparición forzada (numeral 4, artículo 166 del Código Penal) y en otros casos se constituyen en circunstancias genéricas de mayor punibilidad.

Por todo lo analizado en la presente ponencia, llegamos a la conclusión de que es necesario la implementación de normas que penalicen la discriminación racial, conducta que evidentemente atenta contra los derechos humanos, ya que si bien la Constitución Nacional expresa textualmente el derecho a la igualdad de todos sin discriminación de ninguna naturaleza, nuestro país no cuenta con normas que garanticen su efectividad y permitan que la protección de éstos derechos y prevención de prácticas discriminatorias sea un simple postulado y nada más, pues no hay mecanismos específicos para la lucha contra la discriminación.

El Documento Conpes 3660 - Política para Promover la Igualdad de Oportunidades para la Población Negra Afrocolombiana, Palenquera y Raizal, en el Capítulo VII. PLAN DE ACCIÓN, propone lo siguiente:

- Eje Problemático 6; Objetivo 1: Superación de la discriminación

Acciones: El Ministerio del Interior y de Justicia -MIJ:

Elaborar en la presente vigencia, un proyecto de ley que penalice la discriminación racial en todas sus expresiones, entendida como una de las principales causantes de la carencia de igualdad de oportunidades para la población afrocolombiana. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Existe en la opinión pública una creciente conciencia de que el racismo no es sólo un problema individual sino también social y que afecta la convivencia democrática y la igualdad de posibilidades de la población afrodescendiente, raizal y palenquera.

El reconocimiento de la diversidad multiétnica y multicultural requiere no sólo de cambios jurídicos, sino también de profundas transformaciones que contribuyan a generar la confianza colectiva, el acceso a oportunidades.

Previo a la intervención penal, debe resultar prioritaria para el Estado colombiano la obligación de poner en práctica políticas sociales, económicas y educacionales que influyan en que la población tome conciencia de la importancia del respeto a la dignidad de las personas y de todas las manifes-

taciones que les son propias. Es deber del Estado colombiano adoptar una política pública de prevención y lucha contra el racismo y toda forma de discriminación, de aplicación en todos los entes territoriales y socioculturales, que contenga acciones afirmativas en todos los niveles y sectores sociales desde la educación y la pedagogía frente a este tipo de conductas y comportamientos que apunte a la verdadera conciencia social de la diversidad étnica y cultural basado en el respeto por la diferencia, en armonía con la sana convivencia de los individuos, postulado ineludible de todo Estado social de derecho basado en concepto de bienestar, igualdad y respeto de los personas en sus derechos y bienes.

Sancionar penalmente una conducta es siempre un tema que exige (o debe exigir) una seria prudencia. El derecho penal, esto es, la sanción penal, es siempre la forma más grave y extrema que tiene el Estado de intervenir en la sociedad, debido a que la pena trae consigo casi siempre restricciones sustanciales de derechos fundamentales de la persona; sin embargo, esto no significa que el Estado colombiano no deba armarse penalmente para hacer frente a atentados graves contra la dignidad humana.

El problema que se nos plantea específicamente con el proyecto de ley objeto de debate es si la sanción penal resulta ser la más adecuada para contener y prevenir este tipo de conductas dañosas.

En primer lugar, así como el derecho a la libertad o el derecho al honor se encuentran protegidos penalmente, también es necesario proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación, ambos reconocidos por nuestra Constitución Política.

Nuestra posición aboga por una penalización de todas las manifestaciones discriminatorias racistas, que sin lugar a duda trasgreden derechos humanos como el derecho a la igualdad y a la no discriminación. También consideramos muy importante establecer sanciones de tipo administrativo para manifestaciones menos graves de discriminación.

Frente a las sanciones propuestas por los autores se observa que deben ser objeto de ajuste, toda vez que el reproche debe enfocarse con mayor intensidad en la prevención y reivindicación social a través de la generación de conciencia en la población, al establecer la importancia de respetar los derechos fundamentales garantizando la igualdad de las personas, y no el hacinamiento de los establecimientos carcelarios mediante la imposición de penas tan altas que no contribuyen a la generación de dicha conciencia.

Así las cosas, vemos igualmente la necesidad de introducir nuevos elementos y modificaciones en los contenidos adoptados respecto de las penas propuestas, con la finalidad de darle un sentido más amplio y vinculante al proyecto frente a la diversidad de sujetos a quien se dirige el mismo.

V. Modificaciones al proyecto

En el texto original del **Proyecto de ley 08** “*por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones*”, se plantea lo siguiente:

Texto original

Artículo 1°. *Objeto de la ley.* Esta ley tiene por objeto garantizar la protección de los derechos fundamentales de la ~~población NEGRA, AFRO-COLOMBIANA, RAIZAL Y PALENQUERA~~, que son vulnerados a través de las siguientes manifestaciones de la sociedad:

RACISMO: Entiéndase por racismo, todo acto de agresión física y/o verbal, intolerancia, vejamen, desprecio o cualquier actitud al que sea sometido un individuo o grupo de personas pertenecientes a la población negra, afrocolombiana, raizal o palenquera por su origen, color de piel y/o rasgos fenotípicos; que afecten su comportamiento y el ejercicio de sus derechos fundamentales.

DISCRIMINACIÓN RACIAL: Entiéndase por discriminación racial, los actos de inferioridad, exclusión, rechazo, xenofobia, segregación y todo tipo de acciones al que sea sometido un individuo o grupo de personas pertenecientes a la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, que impidan, afecten o limiten el desarrollo humano y la calidad de vida de esta población.

Los autores plantean como objeto del proyecto garantizar la protección de los derechos fundamentales de esta población cuando sean vulnerados mediante acciones socialmente reprochables como el racismo y la discriminación racial, definiendo dichas actuaciones como aquellas que se produzcan solo en contra de un **individuo o grupo de personas pertenecientes a la población negra, afrocolombiana, raizal o palenquera por su origen, color de piel y/o rasgos fenotípicos**; desde nuestra punto de vista, dicha definición se queda corta toda vez que cierra el espacio para otros sectores sociales y grupos poblacionales que se ven diariamente afectados igualmente mediante el desarrollo de dichas actuaciones; por ello consideramos de importancia profundizar en el desarrollo de dichos conceptos, con el ánimo de brindarle al proyecto un sentido más vinculante. Así tenemos:

Propuesta de modificación al artículo 1°

Artículo 1°. *Objeto de la ley.* Esta ley tiene por objeto garantizar la protección de los derechos fundamentales **de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo**, que son vulnerados a través del racismo y la discriminación racial.

RACISMO: Entiéndase por racismo, todo acto de agresión física y/o verbal, intolerancia, vejamen, desprecio o cualquier actitud de violencia al que sea sometido una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, fundado en motivos raciales o culturales.

DISCRIMINACIÓN RACIAL: Entiéndase por discriminación racial los actos de distinción, exclusión o restricción arbitraria que tenga por objeto o

resultado, consciente o inconsciente, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de una persona o grupo de personas por su condición racial o étnica.

Texto original

Artículo 2°. EL TÍTULO I DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL, TENDRÁ UN CAPÍTULO IX, DEL SIGUIENTE TENOR: **(Sin modificaciones)**

Texto original

CAPÍTULO IX

De los actos de racismo y de discriminación racial

Artículo 3°. El Código Penal tendrá un artículo 134 A del siguiente tenor:

Artículo 134A. Racismo: El que mediante actos inequívocos promueva, provoque, incite al odio o a la violencia, en contra de persona o grupo de personas, pertenecientes a la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera por razón de su raza, color de piel, origen étnico, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a seis (6) años.

Propuesta de modificación al artículo 3°

Artículo 3°. El Código Penal tendrá un artículo 134 A del siguiente tenor:

Artículo 134. Racismo. El que mediante actos inequívocos promueva, provoque, incite **agresión física y/o verbal, de intolerancia, vejamen, desprecio** o cualquier actitud de violencia en contra de una persona grupo de personas, comunidad o pueblo, fundado en motivos raciales, religiosos, políticos o culturales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Texto original

Artículo 4°. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor:

Artículo 134B. *Discriminación racial.* El que promueva, provoque, o ejecute actos inequívocos de segregación en contra de persona, grupo de personas, de la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera por razón de su raza, color de piel, origen étnico, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años en multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a 6 años.

Propuesta de modificación al artículo 4°

Artículo 4°. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor:

Artículo 134B. Discriminación racial. El que promueva, provoque, incite o ejecute actos inequívocos de distinción, segregación o **restricción arbitraria que tenga por objeto o resultado, consciente o inconsciente, de menoscabar o anular el reconocimiento, goce, ejercicio y disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales**

de una persona o grupo de personas por su condición racial o étnica, incurrirá en prisión de **uno (1) a tres (3) años** y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Texto original

Artículo 5°. El Código Penal tendrá un artículo 134 C del siguiente tenor:

Artículo 134C. Hostigamiento por motivos de raza u origen nacional, étnico o cultural. El que por motivos de discriminación racial, realice o promueva actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o psicológico a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo perteneciente a la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años en multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a seis (6) años.

Propuesta de modificación al artículo 5°

Artículo 5°. El Código Penal tendrá un artículo 134C del siguiente tenor:

Artículo 134C. Hostigamiento por motivos de raza u origen nacional, étnico o cultural. El que por motivos de discriminación racial, realice o promueva actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico, **psicológico, moral o patrimonial** a una persona grupo de personas, comunidad o pueblo, fundado en motivos raciales, religiosos, políticos o culturales, incurrirá en prisión de **uno (1) a tres (3) años** y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Texto original

Artículo 6°. El Código Penal tendrá un artículo 134 D del siguiente tenor:

Artículo 134 D. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público.
2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva.
3. La conducta se realice por servidor público o persona en ejercicio de funciones propias del cargo que ostenta.
4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público asistencial.
5. La conducta se dirija contra niño, niña e adolescente.
6. Cuando con ocasión de dichos actos se produzca pérdida de posición laboral y económica de la persona contra quien se ejecutan.
7. Cuando los actos constitutivos de racismo impiden al agredido el uso, goce y disfrute de uno o todos sus derechos fundamentales.

8. Cuando la conducta este orientada a negar o restringir derechos laborales.

Parágrafo. Cuando el servidor público en ejecución de la conducta niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, la pena se aumentara en la mitad, al mínimo y al máximo.

Propuesta de modificación al artículo 6°

Artículo 6°. El Código Penal tendrá un artículo **134 D** del siguiente tenor:

Artículo 134 D. *Circunstancias de agravación punitiva.* Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público. **(Sin modificación).**

2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva. **(Sin modificación).**

3. La conducta se realice por servidor público o persona en ejercicio de funciones propias del cargo que ostenta. **(Sin modificación).**

4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público.

5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, **persona de la tercera edad o adulto mayor.**

6. Cuando con ocasión de dichos actos se produzca pérdida de posición laboral y económica de la persona contra quien se ejecutan. **(Sin modificación).**

7. Cuando los actos constitutivos de racismo impiden al agredido el uso, goce y disfrute de uno o todos sus derechos fundamentales. **(Sin modificación).**

8. Cuando la conducta este orientada a negar o restringir derechos laborales. **(Sin modificación).**

Parágrafo. Cuando el servidor público en ejecución de la conducta niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, la pena se aumentara en la mitad, al mínimo y al máximo. **(Sin modificación).**

Coincidimos con el proyecto original en que se debe sancionar la conducta que se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público en los cuales se brindan servicios (discotecas, hoteles, restaurantes, etc.), igualmente cuando se realice a través de medios de comunicación masiva. Como lo manifestamos anteriormente, los acontecimientos de los últimos años, de público conocimiento en medios informativos nos muestran que una de las expresiones discriminatorias más visibles y de carácter segregacionista se produce en estos espacios.

Respecto del numeral 4, se debe sancionar penalmente la negación de un servicio público indistintamente si el servicio requerido es asistencial o de índole administrativo.

Respecto al numeral 5, igualmente debe considerarse como víctimas potenciales de estas conductas racistas y discriminatorias a los adultos mayores o personas de la tercera edad, quienes dada su condición son considerados socialmente sujetos vulnerables.

Texto original

Artículo 7°. El Código Penal tendrá un artículo 134E del siguiente tenor:

Artículo 134E. *Circunstancias de atenuación punitiva.* Las penas previstas en los artículos anteriores, se reducirán en una tercera parte cuando:

1. El Sindicato o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga. **(Sin modificación).**

2. Se dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba. **(Sin modificación).**

3. El sindicado o imputado repare el daño causado a la(s) víctima(s). **(Sin modificación).**

Texto original

Artículo 8°. El Código Penal tendrá un artículo 134F del siguiente tenor:

Artículo 134F. *Reparación integral.* El juez de conocimiento disminuirá en la mitad las penas señaladas en el presente capítulo, si antes de dictar sentencia de primera instancia, el sindicado o imputado indemnizare integralmente los perjuicios ocasionados a la o las víctimas. **(Sin modificación).**

Texto original

Artículo 9°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. **(Sin modificación).**

Por lo expuesto y en armonía con ello, elevo ante ustedes la siguiente

PROPOSICIÓN

Solicito a la Comisión Primera del honorable Senado de la República, discutir y aprobar en primer debate, el **Proyecto de ley número 08 de 2010, por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones**, con el pliego de modificaciones a que se refiere la presente ponencia.

Atentamente,

Hemel Hurtado Angulo,

Ponente.

TEXTO PROPUESTO PARA DAR PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 8 DE 2010

por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto de la ley.* Esta ley tiene por objeto garantizar la protección de los derechos fundamentales de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través del racismo y la discriminación racial.

RACISMO: Entiéndase por racismo, todo acto de agresión física y/o verbal, intolerancia, vejamen, desprecio o cualquier actitud de violencia al que sea sometido una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, fundado en motivos raciales o culturales.

DISCRIMINACIÓN RACIAL: Entiéndase por discriminación racial los actos de distinción, exclusión o restricción arbitraria que tenga por objeto o resultado, consciente o inconsciente, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de una persona o grupo de personas por su condición racial o étnica.

Artículo 2°. El TÍTULO I DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL, TENDRÁ UN CAPÍTULO IX, DEL SIGUIENTE TENOR:

CAPÍTULO IX

De los actos de racismo y de discriminación racial

Artículo 3°. El Código Penal tendrá un artículo 134 A del siguiente tenor:

Artículo 134. Racismo. El que mediante actos inequívocos promueva, provoque, incite agresión física y/o verbal, de intolerancia, vejamen, desprecio o cualquier actitud de violencia en contra de una persona grupo de personas, comunidad o pueblo, fundado en motivos raciales, religiosos, políticos o culturales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 4°. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor:

Artículo 134B. Discriminación racial. El que promueva, provoque, incite o ejecute actos inequívocos de distinción, segregación o restricción arbitraria que tenga por objeto o resultado, consciente o inconsciente, de menoscabar o anular el reconocimiento, goce, ejercicio y disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales de una persona o grupo de personas por su condición racial o étnica, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 5°. El Código Penal tendrá un artículo 134C del siguiente tenor:

Artículo 134C. Hostigamiento por motivos de raza u origen nacional, étnico o cultural. El que por motivos de discriminación racial, realice o promueva actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico, psicológico, moral o patrimonial a una persona grupo de personas, comunidad o pueblo, fundado en motivos raciales, religiosos, políticos o culturales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 6°. El Código Penal tendrá un artículo 134 D del siguiente tenor:

Artículo 134 D. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público.

2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva.

3. La conducta se realice por servidor público o persona en ejercicio de funciones propias del cargo que ostenta.

4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público.

5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor.

6. Cuando con ocasión de dichos actos se produzca pérdida de posición laboral y económica de la persona contra quien se ejecutan.

7. Cuando los actos constitutivos de racismo impiden al agredido el uso, goce y disfrute de uno o todos sus derechos fundamentales.

8. Cuando la conducta este orientada a negar o restringir derechos laborales.

Parágrafo. Cuando el servidor público en ejecución de la conducta niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, la pena se aumentara en la mitad, al mínimo y al máximo.

Artículo 7°. El Código Penal tendrá un artículo 134E del siguiente tenor:

Artículo 134E. Circunstancias de atenuación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se reducirán en una tercera parte cuando:

1. El Sindicato o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga.

2. Se dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba.

3. El sindicado o imputado repare el daño causado a la(s) víctima(s)

Artículo 8°. El Código Penal tendrá un artículo 134F del siguiente tenor:

Artículo 134F. Reparación integral. El juez de conocimiento disminuirá en la mitad las penas señaladas en el presente capítulo, si antes de dictar sentencia de primera instancia, el sindicado o imputado indemnizare integralmente los perjuicios ocasionados a la o las víctimas.

Artículo 9°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

De los honorables Senadores.

Hemel Hurtado Angulo,

Ponente.

OBJECIONES PRESIDENCIALES

OBJECIONES PRESIDENCIALES AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 08 DE 2009 SENADO, 263 DE 2009 CÁMARA

por la cual la Nación declara Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación algunos inmuebles del Sanatorio de Agua de Dios en Cundinamarca y del Sanatorio de Contratación en Santander y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 22 de octubre de 2010

Doctor

ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

Presidente

Honorable Senado de la República

Congreso de la República

Ciudad

Asunto: Proyecto de ley número 08 de 2009 Senado, 263 de 2009 Cámara, por la cual la Nación declara Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación algunos inmuebles del Sanatorio de Agua de Dios en Cundinamarca y del Sanatorio de Contratación en Santander y se dictan otras disposiciones.

Respetado señor Presidente:

Sin la correspondiente sanción ejecutiva, el Gobierno Nacional se permite devolver por razones de inconstitucionalidad parcial el **Proyecto de ley número 08 de 2009 Senado, 263 de 2009 Cámara, por la cual la Nación declara Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación algunos inmuebles del Sanatorio de Agua de Dios en Cundinamarca y del Sanatorio de Contratación en Santander y se dictan otras disposiciones.**

El proyecto de ley en referencia fue presentado a consideración del Congreso de la República por la honorable Senadora doctora Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda.

Las razones que llevan al Gobierno Nacional a objetar el proyecto en referencia, se exponen a continuación:

OBJECCIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL

1. Violación de los artículos 29 inciso 1º, 58 y 67 de la Constitución Política

1.1. El Gobierno Nacional objeta por inconstitucional la expresión “*inmediatamente*” contenida en el artículo 6º del proyecto de ley de la referencia, por desconocer el inciso 1º del artículo 29 de la Constitución Política, que consagra el derecho fundamental al debido proceso, así como el artículo 58 Superior, relativo a la garantía constitucional de los derechos adquiridos con justo título.

En efecto, conforme a dicho artículo 6º, los inmuebles objeto del proyecto de ley, que en el artículo 1º se declaran patrimonio histórico y cultural de la Nación, “*no pueden estar en manos de particulares. En tal evento deben ser restituidos in-*

mediatamente a su único propietario, el Sanatorio de Agua de Dios y/o Sanatorio de Contratación”. (Subrayas fuera del original).

El alcance de la expresión *inmediatamente*, frente a los derechos de legítimos de tenedores de dichos inmuebles, como pueden serlo, por ejemplo, tenedores a título de arrendamiento, comodato, posesión o eventualmente propiedad, implica que la restitución de dicha tenencia debe producirse tan pronto como la ley entre en vigencia, sin que medie actuación administrativa o judicial alguna, dentro de la cual dichos tenedores puedan hacer valer sus legítimos derechos.

1.2. El Gobierno Nacional echa de menos, dentro del texto del artículo 6º, la regulación legal de un procedimiento administrativo o judicial, o la remisión a otro legalmente establecido con anterioridad, dentro del cual los mencionados tenedores puedan hacer valer sus derechos. Lo anterior, constituye una omisión legislativa relativa que vicia de inconstitucionalidad dicha norma, por no haber incluido dentro de ella un ingrediente normativo que era necesario para asegurar la efectividad del derecho al debido proceso de dichos tenedores.

Adicionalmente, esta omisión legislativa vulnera de contera otros derechos adquiridos que pueden estar en cabeza de los tenedores legítimos de los bienes objeto del proyecto de ley, los cuales gozan de la protección constitucional recogida en el artículo 58 Superior, y respecto de los cuales el proyecto de ley no contempla tampoco mecanismo alguno de reconocimiento o indemnización; derechos adquiridos que incluso pueden llegar a ser el de propiedad, pues a pesar de la afirmación contenida en el objetado artículo 6º, relativa a que los bienes objeto del proyecto de ley son de propiedad del Sanatorio de Agua de Dios y/o Sanatorio de Contratación, nada en el proyecto de ley o en sus antecedentes legislativos permite corroborar dicha afirmación.

1.3. El Gobierno Nacional llama la atención en cuanto a que la normatividad legal vigente, contenida en las Leyes 397 de 1997 y 1185 de 2008, prevé un mecanismo administrativo a través del cual se surte la declaratoria de un bien como de interés cultural. Concretamente el artículo 5º de la Ley 1185 de 2008, que modifica el artículo 8º de la Ley 397 de 1997, regula dicha actuación administrativa, la cual además se rige por las normas generales sobre actuaciones administrativas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, conforme lo prescribe el segundo inciso del artículo 1º del Libro Primero de ese Estatuto, según el cual “*Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles*”.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que dentro del Libro Primero del Código Contencioso Administrativo, el artículo 14, relativo a las actuaciones administrativas iniciadas en el ejercicio del derecho de petición, ordena que “*Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz*”.

Y por su parte, el artículo 27 del mismo Código dispone que esta misma citación se hará a los terceros interesados, en el caso de las actuaciones administrativas iniciadas en cumplimiento de un deber legal. Y en el mismo sentido, el artículo 28 siguiente, referente a las actuaciones administrativas iniciadas de oficio por las autoridades, obliga a notificar el inicio de la actuación a aquellas personas que puedan resultar afectadas con la decisión.

Así las cosas, el procedimiento establecido en las citadas Leyes 397 de 1997 y 1185 de 2008, para la declaratoria de interés cultural de un bien determinado, contempla el agotamiento de una actuación administrativa dentro de la cual los interesados pueden hacer valer sus derechos.

En contraposición, el artículo 6° del proyecto de ley que ahora se objeta no establece tal trámite, sino que ordena que los bienes que en la ley se declaran como patrimonio histórico y cultural, sean “*restituidos inmediatamente*”, sin fórmula de procedimiento alguno.

Recuérdese en este punto lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C-742 de 2006, respecto de este trámite regulado por la Ley 397 de 1997:

(...)

“El primer inciso del artículo 4° de la Ley 397 de 1997 define cuáles son los bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación. Nótese que esa definición consagra un amplio ámbito de aplicación, por cuanto incluye i) valores, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos que constituyen expresión de la nacionalidad colombiana, ii) bienes inmateriales, materiales, muebles e inmuebles que poseen un especial interés histórico, artístico, sonoro, ecológico, filmico, literario, bibliográfico, entre otros y, iii) las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular. En efecto, la generosidad y subjetividad de esos conceptos resulta evidente: así por ejemplo, con esa definición, si para un grupo de personas los documentos literarios de un escritor o el libro que describe un hecho sucedido en cualquier época de la historia poseen especial interés histórico, documental o literario y, por lo tanto, hacen parte del patrimonio cultural de la Nación, sería posible exigirle al Estado que, en aplicación del artículo 72 de la Carta, la autoridad competente readquiera esos bienes que

se encuentran en manos de particulares para que se declaren de propiedad de la Nación y se conviertan en bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Precisamente por lo anterior, el inciso segundo y el párrafo del artículo 4° de la Ley 397 de 1997, señalaron que las disposiciones de la ley de la cultura solamente se aplicarán a los bienes y categorías de bienes que sean declarados como de interés cultural. Dicho de otro modo, dentro de la categoría de bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación, existirá otra: la de los bienes de interés cultural, que surge en virtud de la declaración expresa del Ministerio de la Cultura, para que sean los destinatarios de la Ley 397 de 1997 y de sus normas reglamentarias. Entonces, los bienes de interés cultural son aquellos que hacen parte del patrimonio cultural de la Nación, pero que, en consideración con la declaratoria gubernamental como tal, se rigen por lo dispuesto en la ley de la cultura y en sus normas reglamentarias”.

1.4. No encuentra el Gobierno que se oponga a la Constitución el que el Congreso declare unos bienes como patrimonio histórico y cultural de la Nación, o que ordene que pasen a manos de entidades públicas quienes detentarán su exclusiva tenencia. Empero, al hacerlo debe prever los mecanismos para respetar los eventuales derechos adquiridos de terceros, para lo cual es necesario también someter tal transferencia de tenencia a un proceso administrativo o judicial que permita ejercer las garantías implícitas en el concepto de debido proceso.

Recuérdese lo dicho por la Corte Constitucional, sobre la trascendencia del derecho al debido proceso:

“Esta Corporación ha señalado reiteradamente que las reglas procesales, como desarrollo del derecho al debido proceso, deben provenir de regulaciones legales razonables y proporcionales al fin para el cual fueron concebidas, de manera que permitan la realización del derecho sustancial.

En este sentido ha advertido que el artículo 29 de la Carta Política prevé el derecho al debido proceso, como una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrado.

Dentro de las mencionadas salvaguardas se encuentra el respeto a las formas propias de cada juicio, entendidas como “(...) el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del juicio, determinan los procedimientos o trámites que deben surtir ante las diversas instancias judiciales o administrativas.

De esta forma, dicho presupuesto se erige en garantía del principio de legalidad que gobierna el debido proceso, el cual “(...) se ajusta al principio de juridicidad propio del estado de derecho y

excluye, por consiguiente, cualquier acción contra leem o praeter legem.

El establecimiento de esas reglas mínimas procesales tiene fundamentalmente un origen legal. En efecto, el legislador, autorizado por el artículo 150, numerales 1 y 2, de la Constitución Política, cuenta con una amplia potestad de configuración para instituir las formas, con base en las cuales se ventilarán las diferentes controversias jurídicas que surjan entre las persona”.

Sin embargo, esa discrecionalidad para determinar normativamente acerca de una, vía, forma o actuación procesal o administrativa no es absoluta; es decir, debe ejercitarse dentro del respeto a valores fundantes de nuestra organización política y jurídica, tales como, la justicia, la igualdad y un orden justo (Preámbulo) y de derechos fundamentales de las personas como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (C.P. artículos 13, 29 y 229). (Sentencia C-204 de 2003, subrayado fuera de texto).

1.5. Finalmente el Gobierno Nacional estima que la expresión inmediatamente contenida en el artículo del 6° del proyecto de ley objetado, al no prever un debido proceso para la restitución de los inmuebles objeto de la ley, de contera vulnera el artículo 67 de la Constitución Política, relativo al derecho a la educación, pues en algunos de los bienes inmuebles que particularmente se ordena restituir inmediatamente en dicha norma, funcionan instituciones educativas que actualmente satisfacen dicho derecho en cabeza de sus alumnos.

La restitución inmediata, estando en curso el año lectivo, afecta el derecho a la educación de dichos estudiantes.

Reiteramos a los honorables Congresistas nuestros sentimientos de consideración y respeto,

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

La Ministra de Cultura,

Mariana Garcés Córdoba.

CONTENIDO

Gaceta número 799 - Viernes, 22 de octubre de 2010
SENADO DE LA REPÚBLICA

Págs.

PONENCIAS

Informe de ponencia para primer debate y texto propuesto al Proyecto de Acto legislativo número 15 de 2010 Senado, por medio del cual se adiciona de forma transitoria el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia	1
Informe de ponencia para primer debate y texto propuesto al Proyecto de ley número 08 de 2010 Senado, por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones	7
OBJECIONES PRESIDENCIALES	
Objeciones presidenciales al Proyecto de ley número 08 de 2009 Senado, 263 de 2009 Cámara, por la cual la Nación declara Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación algunos inmuebles del Sanatorio de Agua de Dios en Cundinamarca y del Sanatorio de Contratación en Santander y se dictan otras disposiciones	17