



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - IVSTITIA ET LITTERAE

ISSN 0123 - 9066

AÑO VIII - Nº 408

Santa Fe de Bogotá, D. C., jueves 4 de noviembre de 1999

EDICION DE 28 PAGINAS

DIRECTORES:

MANUEL ENRIQUEZ ROSERO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

GUSTAVO BUSTAMANTE MORATTO
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

PONENCIAS

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 62 DE 1999 SENADO

por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, y se dictan otras disposiciones en materia prestacional.

Honorable Senador
MIGUEL PINEDO VIDAL

Presidente

Senado de la República

Señor Presidente:

Cumplimos con el encargo que se nos hiciera, como ponentes del Proyecto de ley número 62 de 1999, presentando ponencia para segundo debate así:

Ante la honorable Plenaria del Senado fue presentado el Proyecto de ley número 62 de 1999, "por medio de la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional", cuya autoría es del Ministerio de Hacienda.

1. Introducción

El presente proyecto tiene como objetivo principal atender uno de los más dramáticos y severos problemas que afronta la administración pública de los entes territoriales: el pasivo pensional. En efecto, según cálculos actuariales del Ministerio de Hacienda este pasivo supera en la actualidad la nada despreciable cifra de 64.5 billones de pesos, equivalente al 39% de PIB y afecta a unas 468,750 personas entre trabajadores activos y pensionados.

Para cubrirlo el Gobierno Nacional propone la realización de esfuerzos conjuntos entre los entes nacionales y los entes departamentales. Se espera que a través de la reasignación de diez rubros presupuestales, entre los cuales se encuentran el impuesto los nuevos recursos que sean transferidos a los departamentos y distritos por concepto de situado fiscal originado de los recursos recaudados por razón del impuesto a las transacciones financieras (2x1.000), los que se produzcan por razón del incremento porcentual en la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, que se realice a partir del año 2000, los recursos del Fondo Nacional de Regalías destinados a financiar proyec-

tos de inversión calificados de prioritarios por el Plan Nacional de Desarrollo y no se encuentren comprometidos a la fecha de la entrada de esta ley, el 10% de los recursos provenientes de las privatizaciones nacionales, 10% de los recursos que los particulares inviertan en entidades con participación accionaria mayoritaria de la Nación, el 20% de los bienes cuyo dominio se extinga a favor de la Nación, el 30% del producto de la enajenación al sector privado de acciones o activos de las entidades territoriales; a partir del 2001, el 30% del impuesto de registro; a partir del mismo año, 5% de los ingresos corrientes de libre destinación del respectivo departamento, (dicho porcentaje se incrementara en un punto porcentual anualmente). Por último los ingresos que se obtengan de la explotación del Loto único nacional¹. En total se proyecta que el Fondo Nacional de Entidades Territoriales, Fonpet, sea alimentado durante el año 2000 con aproximadamente 1.6 billones de pesos, durante el 2001 con 2.1 billones, el 2002 con 1.5 billones, el 2003 con 1.7 billones, el 2004 con 2.08 billones y el 2005 con 2.4 billones². Los fondos de pensiones de las entidades territoriales no son una idea nueva, por el contrario desde la elaboración de la Ley 100 de 1993 se estableció la creación de fondos con el fin de cubrir el pasivo pensional en los artículos 121, 122 y 123 de dicha ley, la cual fue reglamentada en 1994, por medio del Decreto 1299. No obstante, hasta la fecha son muy pocas las entidades territoriales (alrededor de ocho) que han acatado esta norma. El departamento de Cundinamarca y de Risaralda, así como la municipalidad de Medellín, son algunos de los ejemplos más representativos.

Como se puede apreciar a primera vista el Fonpet, según la propuesta puesta a nuestra consideración por el Gobierno Nacional, será responsable de una enorme cantidad de recursos. Infortunadamente, los últimos años han demostrado con suficiente ilustración que nuestras entidades gubernamentales son especialmente ineficientes cuando de administrar recursos financieros se trata. No queremos entrar en detalles pero los problemas financieros del Seguro Social y de las Cajas de Previsión demuestran claramente que la administración de cuantiosos fondos, particularmente pensionales, en el mejor de los casos sirve para apalancar la deuda pública y el peor para engrosar los expedientes de los organismos de control del Estado.

¹ Ver artículo 2, Proyecto de ley número 62 (s).

² Ver Cuadro número 4, Proyecto de ley número 62 (s).

Por eso una de las ideas innovadoras que proponemos como ponentes de este proyecto es crear mecanismos mediante los cuales los recursos del Fonpet sean administrados por los fondos privados de pensiones. No se trata de volver a épocas afortunadamente superadas, donde se le rendía culto ciego a la actividad privada negando la posibilidad de aciertos en el sector oficial. El neoliberalismo es un capítulo en revisión en el mundo. Lo que se busca, más bien, es aprovechar las ventajas que tiene el sector privado para obtener evidentes beneficios públicos. Nadie puede negar que en la actualidad son los fondos privados de pensiones (AFP) los que mejores rendimientos financieros han dado a sus ahorradores, superando en muchos casos el 13% de rendimiento real anual en promedio durante los últimos cinco años. Las AFP, o sea las administradoras de estos fondos, han demostrado eficiencia y transparencia en el manejo de los recursos de los trabajadores y hasta la fecha han respondido con creces a los deberes que estos les han impuesto. Tanto así es que en la actualidad, como ya se dijo, las AFP administran patrimonios autónomos constituidos a favor de varias entidades del orden departamental, como Cundinamarca, el Valle del Cauca, el departamento de Risaralda y la municipalidad de Medellín. Por demás, las AFP, a diferencia de las fiduciarias, tienen obligaciones de resultado y no solamente de medio. Es decir, que tienen la obligación legal de garantizar resultados y rendimientos financieros.

Adicionalmente, en un esquema prácticamente igual al que a continuación proponemos, las AFP administran actualmente los recursos de fondo del pasivo pensional del sector salud.

Por otra parte, como segunda gran innovación del proyecto proponemos utilizar un alto porcentaje de los recursos del Fonpet para solucionar uno de los problemas más sentidos de la población colombiana: la vivienda.

Las crisis del sistema de financiación de vivienda vigente, denominado en Colombia de valor constante (UPAC), es tan conocida que no se requieren detalles. Sin embargo, es importante resaltar la razón por la cual el sistema empezó su dramático declive. A principios de los años noventa, cuando se dio el proceso de apertura financiera, se le quitó a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda (CAV) la posibilidad de captar recursos baratos, al retirarles el monopolio sobre las cuentas de ahorro. Esto las obligo a fondearse con recursos de corto plazo más costoso, adquiridos en el mercado y compitiendo con las demás entidades financieras. Para hacer viable el sistema se introdujo la variación del UPAC atándolo a la DTF, es decir, a la tasa de interés vigente en el momento. Esto en un principio fue una medida lógica, aunque excesivamente riesgosa, que se consideró adecuada en su momento para mantener el nivel de captación del sistema. No obstante, cuando la DTF se disparó aduciendo razones de política monetaria y cambiaria a mediados de 1998 también se dispararon los créditos en UPAC, destruyendo de tajo la capacidad de pago de los deudores.

En conclusión, como podemos ver, el sistema de financiación de vivienda se vino al suelo por que no existía la posibilidad de acceder a unos fondos "privilegiados", es decir unos fondos baratos y de largo plazo. Si se capta a tasas de mercado es necesario prestar a tasas de mercado y por lo tanto no se puede generar una financiación de vivienda como la que necesita el país. Por otra parte si se tiene acceso a dinero barato y de largo plazo se puede crear un sistema que financie la adquisición y construcción de vivienda, que a su turno se extienda en el largo plazo y con intereses moderados. Esto es lo que proponemos.

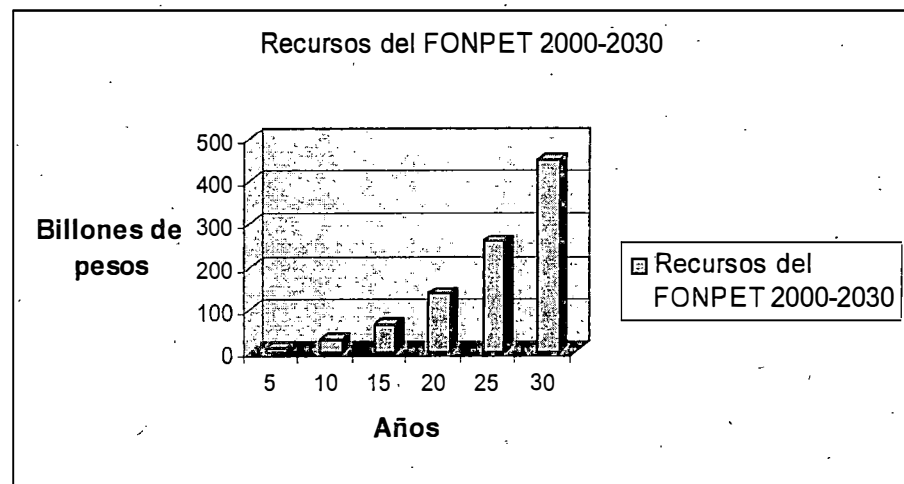
Como se determina claramente en el proyecto gubernamental, los recursos del Fonpet constituyen un ahorro forzoso, sin costo de captación en el mercado, que a más de cumplir su misión primordial de acrecentar las reservas para atender las pensiones de los entes territoriales, pueden utilizarse como una fuente en el mercado de capitales, que reactive la inversión dentro de los principios fundamentales de seguridad, rentabilidad y liquidez que requiere este tipo de fondo. Por eso hemos querido enriquecer el proyecto gubernamental que solo describe las operaciones pasivas del fondo con una operación activa que permita tomar un porcentaje significativo de ellos en beneficio de los sectores sociales. Explicamos a continuación como con recursos del Fonpet en proporciones moderadas, se puede fondear a las CAV y reducir en por lo menos a

la mitad las actuales tasas de colocación de los recursos para vivienda, que en la actualidad son aproximadamente de 4.5% para captación y entre 13 y 14% para préstamo.

Los cálculos aquí presentados deben ser ajustados a las modificaciones efectuadas en el primer debate.

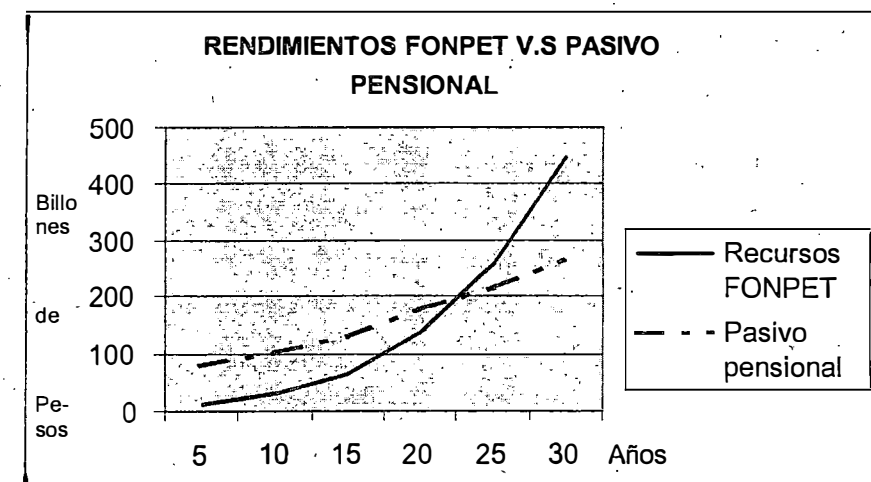
2. Relación de artículos nuevos o modificados en el primer debate

• Artículo 3°. *Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales*. Se le asigna al Fonpet la función de cuantificar y controlar las obligaciones pensionales y la de asignar a los entes territoriales estos recursos. Posteriormente, debe entregar los recursos pensionales a las AFP para que estas a través de patrimonios autónomos se encarguen de su administración. El beneficio para los entes territoriales es evidente. Primero, sabrán a ciencia cierta cuantos recursos poseen para cubrir sus pasivos pensionales y segundo, obtendrán importantes rendimientos, acelerando de esta forma el fondeo de sus obligaciones pensionales.



Como se aprecia en la gráfica anterior los recursos del Fonpet administrados por las AFP generarían durante los primeros cinco años un rendimiento real, es decir descontada la inflación, de 8%, para un total de recursos de \$10.54 billones de pesos. En los siguientes 25 años, con proyecciones moderadas, se tendría un rendimiento anual de 6% real, generando en el año 10, \$30.01 billones, en el año 15, \$64.98 billones, en el año 20, \$137.26 billones, en el año 25, \$259.71 billones y en el año 30, \$447.58 billones. Si asumimos que el pasivo pensional de los entes territoriales crece en un 4.8%³ anual real, tendremos que el pasivo proyectado a finales del año 2000 suma \$66.17 billones de pesos⁴.

Como se aprecia en la siguiente gráfica, si colocamos los recursos del Fonpet en administración en las AFP este pasivo será cubierto en un 100% en el año número 22 de existencia del fondo⁵.



Si, por otra parte se asume que el Fonpet no tendrá rendimientos sobre capital, como parecería desprenderse del proyecto presentado por el gobierno, entonces el pasivo pensional de las entidades territoriales no sería cubierto en su totalidad sino hasta el año 30 de la existencia del fondo.

³ Este es el promedio de crecimiento de los pasivos actuariales según normas de la industria.

⁴ El pasivo pensional de las entidades territoriales se proyecta en \$266.58 billones para el año 2030.

Las proyecciones que se ven en la anterior gráfica asumen que el portafolio del Fonpet estará invertido en un 30% en bonos de financiación vivienda emitidos por las CAV o las entidades crediticias que hagan sus veces a un rendimiento del 1% anual real. El restante 70% del portafolio se invertirá en TES, CDT, bonos, acciones y otro tipo de papeles que garanticen seguridad. Se estima que el rendimiento promedio del portafolio total es de 8% en los primeros 5 años y 6% en los restantes 25 años. Esto daría una rentabilidad de promedio, como se observa en la tabla siguiente, de 6.33% en los 30 años proyectados. Adicionalmente, es de anotar que las proyecciones asumen que los recursos del Fonpet no serán retirados en los primeros 30 años, lo cual sería un escenario optimista dada la necesidad de los entes territoriales de pagar pensiones dentro de los próximos 20 años aproximadamente.

Rendimiento Bonos Vivienda (30%) + Rendimiento Instrumentos Varios (70%) = Rendimiento del Portafolio (se busca sea cercano al 6% en el largo plazo)

Rendimiento del Portafolio	Rendimiento Bonos de Vivienda	Rendimiento Necesario Instrumentos Varios
4%	1%	5.29%
5%	1%	6.71%
6%	1%	8.14%
6.33%	1%	8.61%
7%	1%	9.57%
8%	1%	11.00%
9%	1%	12.43%

Como se ve en el cuadro anterior con unos bonos de vivienda de 1% y con un rendimiento de portafolio total de 6.33%, los instrumentos varios (CDT, TES, etc.) deben tener una rentabilidad de 8.61%, lo que ha sido logrado por las AFP en el pasado por lo cual, probablemente, no representará un problema para estas en el futuro. De aquí la justificación de la proporcionalidad entre los instrumentos varios y los bonos de vivienda.

Por otra parte, también se asume un giro de recursos nuevos, según el artículo 2 del proyecto, de 2 billones anuales en promedio después del año 2005.

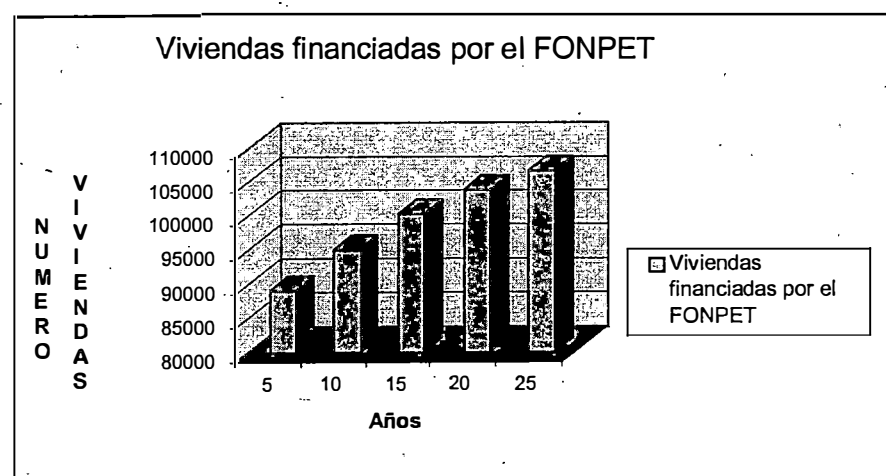
• Artículo 5°. *Transferencia de activos fijos.* Se simplifica el proceso de autorización y de disposición de los bienes entregados por las entidades territoriales con el fin de complementar el cubrimiento de sus obligaciones pensionales. Gracias a esta figura, las entidades territoriales tienen la opción de cubrir una parte de su pasivo con los activos fijos que tienen y con ello llegar a cubrir la totalidad de su deuda antes de los 22 años proyectados. Se establece como tope para esta opción, la entrega de bienes hasta por un 30% del valor del pasivo. Se considera que una cifra superior restaría liquidez y por lo tanto rentabilidad ya que estos activos no originan ningún tipo de rendimiento, por el contrario la depreciación anual hace que pierdan valor con el tiempo. De forma paralela, una cifra inferior dificultaría el fondeo por parte de los entes territoriales de la totalidad de la deuda pensional y por lo tanto imposibilitaría la utilización de estos recursos para los fines asignados.

• Artículo 7°, numeral 4. Para asegurar la transparencia y la equidad en la asignación a las AFP de los recursos del Fonpet, se establece que estos se repartirán de conformidad con la participación de estas en el mercado. Esta participación es determinada por la Superbancaria en sus informes mensuales.

• Artículo 7°, numeral 5. Con el fin de garantizar que los rendimientos proyectados efectivamente se cumplan, se dispone que las AFP deberán asegurar un rendimiento cuando menos un 10% abajo del promedio ponderado de los rendimientos de todas las AFP participantes. Es decir, que si el rendimiento de alguna de las administradoras es inferior en un 10% del promedio entonces tendrá esta que someterse a las sanciones que para tal efecto determine el Gobierno Nacional o responder con sus propios activos. Por otra parte el Gobierno Nacional también deberá reglamentar los portafolios de inversión de las AFP de tal forma que se preserve la rentabilidad y la seguridad de los mismos.

• Artículo 7°, numeral 6. Se establece que las AFP administradoras recibirán el 1.2% de comisión anual efectiva sobre los recursos por ellas manejados. Considerando que los recursos administrados no le implican mayores gastos de captación, la comisión establecida es inferior a la que actualmente se paga por la administración de las cesantías y pensiones voluntarias, que es de 4%, e inferior a la que se paga por el manejo de las pensiones obligatorias, que es del 2%. Con este porcentaje de comisión se garantiza además la cobertura de la Reserva de Estabilización, la cual es igual al 1% del valor del fondo y es exigida por ley a cada una de las AFP.

• Artículo 7°, numeral 7. En este numeral se establece lo verdaderamente innovador del proyecto. Como quedó dicho, la crisis del UPAC se generó cuando las CAV no pudieron seguir captando recursos baratos. Al establecer que el 30% de los recursos del Fonpet deberán destinarse a la adquisición de bonos para la financiación de vivienda, entonces se genera la posibilidad de que las CAV o las entidades financieras que hagan sus veces pueden acceder a recursos de bajo costo y a largo plazo. En la actualidad, las CAV están captando a 4% real y están colocando estos recursos al 14% real. Dicho margen se justifica por los altos costos de captación (sucursales, publicidad, etc.) y por la volatilidad de los mismos. Si, por otra parte, la CAV pudiesen captar al 1% real, como se podría establecer mediante reglamentación, entonces se podría colocar a un margen mucho menor, digamos de 6% real, lo que daría créditos de 7% sobre IPC. En otras palabras, el Fonpet podría facilitar recursos nuevos para vivienda a la mitad del costo de los recursos actuales.



Como se aprecia en la gráfica, por medio de esta vía se financiarán en treinta años cerca de 603,917 unidades de vivienda lo cual significa que aproximadamente 1 de cada 5 viviendas serán financiadas por el Fonpet en el año 2030 (si se tiene en cuenta que en promedio viven 5 personas por vivienda y que la población en Colombia será de aproximadamente 60 millones de personas). Estos datos corresponden a préstamos de más o menos 27 millones por vivienda. Si por otra parte las viviendas fuesen clasificadas como de interés social, financiando 15 millones de pesos por crédito, el número de viviendas financiadas por el Fonpet se elevaría a aproximadamente 1.087.050 viviendas en el mismo lapso de tiempo.

De manera pues que si el gobierno busca una reactivación de la economía en el corto plazo y más concretamente el despertar del sector de la construcción, este proyecto se convierte en el instrumento necesario y adecuado para lograrlo.

En consecuencia en texto del proyecto de ley, aprobado en el primer debate en la honorable Comisión Tercera del Senado es el siguiente:

PROYECTO DE LEY NUMERO 62 DE 1999

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

CAPITULO I

Cubrimiento del pasivo pensional, de las entidades territoriales y creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales

Artículo 1°. *Cobertura de los pasivos pensionales.* Con el fin de asegurar la estabilidad económica del Estado, las entidades territoriales deberán cubrir en la forma prevista en esta ley, el valor de los pasivos

pensionales a su cargo, en los plazos y en los porcentajes que señale el Gobierno Nacional. Dicha obligación deberá cumplirse a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. En todo caso, los pasivos pensionales deberán estar cubiertos en un ciento por ciento (100%) en un término no mayor de treinta (30) años.

Para este efecto, se tomarán en cuenta tanto los pasivos del sector central de las entidades territoriales como los del sector descentralizado.

Parágrafo. Entiéndese por pasivo pensional las obligaciones comprometidas por los bonos de tipo "A" y los bonos de tipo "B".

Artículo 2°. *Recursos para el pago de los pasivos pensionales.* Se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos:

1. Los nuevos recursos que sean transferidos a los departamentos y distritos por concepto de situado fiscal originado en los recursos recaudados por razón del impuesto a las transacciones financieras a que se refiere el artículo 117 de la Ley del Plan de Desarrollo, los cuales se destinarán a atender pasivos pensionales territoriales de las áreas de salud y educación, y se repartirán entre dichas áreas y entre departamentos y distritos, en la misma proporción en que se distribuya entre los sectores y entidades mencionadas el situado fiscal en el respectivo año.

2. Los que se produzcan por razón del incremento porcentual en la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, que se realice a partir del año 2000, incluido éste último de acuerdo con el Parágrafo del artículo 357 de la Constitución Política que se distribuirá entre las cuentas de las entidades territoriales en la misma forma en que se distribuyan las participaciones en los ingresos de la Nación.

3. Para el año 2000 y siguientes los recursos del Fondo Nacional de Regalías destinados para financiar proyectos de inversión calificados de prioritarios por el plan de desarrollo de las entidades territoriales, siempre y cuando dichos recursos no tengan otro destino de acuerdo con la Ley del Plan Nacional de Desarrollo y no se encuentren comprometidos a la fecha de entrada en vigencia de esta ley. Estos recursos se distribuirán entre las cuentas de las entidades territoriales con los mismos criterios que se aplican para la distribución de los recursos de inversión del Fondo Nacional de Regalías.

4. El 10% de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, los cuales se distribuirán por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen.

5. Un monto equivalente al diez por ciento (10%) de los recursos que los particulares invierten en entidades con participación accionaria a mayoritaria de la Nación a título de capitalización, en los términos del artículo 132 del Plan Nacional de Desarrollo.

De igual forma se incluirá un equivalente al 10% de los recursos que los particulares invirtieron en entidades con participación mayoritaria de la Nación en capitalizaciones en empresas públicas eléctricas en los últimos tres años anteriores a la vigencia de esta ley. Estos recursos se incorporarán en el Presupuesto General de la Nación de la siguiente manera:

a) **Cuando se trate de capitalizaciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 508 de 1999, se distribuirá entre los presupuestos de la Nación correspondientes a las tres vigencias fiscales posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley;**

b) **Cuando se trate de capitalizaciones posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 508, se distribuirán entre los presupuestos de la Nación correspondientes a las tres vigencias fiscales siguientes a la capitalización.**

6. A partir del 1° de enero del año 2000, el 20% de los bienes cuyo dominio se extinga a favor de la Nación, en virtud de la aplicación de la Ley 333 de 1997 y las normas que la complementen o adicionen. Dichos

bienes continuarán siendo administrados por las autoridades previstas en las disposiciones vigentes, con la participación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y deberán ser enajenados para que con su producto y el de su administración se incremente el valor del Fondo.

7. A partir del 1° de enero del año 2000, el 15% del producto de la enajenación al sector privado de acciones o activos de las entidades territoriales.

8. A partir del 1° de enero del año 2000, el 20% del producto del impuesto de registro.

9. A partir del año 2001 el 5% de los ingresos corrientes de libre destinación del respectivo departamento. Dicho porcentaje se incrementará anualmente en un punto porcentual, de tal manera que a partir del año 2006, inclusive, se destine al Fondo el 10% de los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial.

10. Los ingresos que se obtengan por la explotación del Loto único nacional, el cual organizará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. Dichos recursos se destinarán a atender el pasivo pensional del sector salud en las entidades territoriales. Inicialmente los recursos tendrán por objeto cubrir la responsabilidad de financiamiento de dicho pasivo prevista en la Ley 60 de 1993, para lo cual la asignación de los recursos se distribuirá entre la Nación y las entidades territoriales en la misma proporción en que deben financiarse estos pasivos pensionales, prevista por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y las disposiciones que la adicionen o reformen. Una vez cubierta la responsabilidad de financiamiento compartida de acuerdo con la mencionada ley, el producto del Loto se destinará a financiar el resto del pasivo pensional del sector salud, de las entidades territoriales.

11. A partir del año 2001, el 70% del producto del impuesto del producto del impuesto de timbre nacional.

Parágrafo 1°. Los recursos señalados en los numerales 5, 6 y 11, cuando vayan a financiar pasivos de las entidades territoriales, se distribuirán entre los departamentos y distritos de una parte, y los municipios de otra en la misma proporción que exista entre los recursos del situado fiscal y los correspondientes a la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación en cada año. La distribución entre cada uno de los departamentos y distritos y entre cada uno de los municipios se hará conforme a los mismos criterios previstos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, según sea el caso. Para efectos de los cálculos correspondientes a la distribución entre los municipios no se tendrán en cuenta los distritos previstos en el artículo 356 de la Constitución Política.

Los recursos provenientes de una determinada entidad territorial se destinarán a dicha entidad territorial.

Parágrafo 2°. A partir del 1° de enero del año 2001, el impuesto de registro se podrá incrementar en un medio punto porcentual respecto de las tarifas previstas en la ley.

Parágrafo 3°. En todo caso para que se abonen a las entidades territoriales recursos nacionales, distintos a las transferencias constitucionales, será necesario que las mismas estén cumpliendo a cabalidad con las normas que rigen el régimen pensional.

Parágrafo 4°. Las entidades territoriales podrán destinar los recursos que no correspondan al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales para los Fondos de Pensiones del nivel territorial o los patrimonios autónomos pensionales.

Parágrafo 5°. Los docentes a cargo de los municipios, departamentos, y distritos seguirán adscritos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos previstos en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994.

Parágrafo 6°. Para el año 2000 el Gobierno Nacional podrá anticipar a las entidades territoriales que tenían pendientes de pago

mesadas atrasadas al 30 de octubre de 1999, el valor equivalente que correspondería a su respectiva cuenta por la participación en el impuesto de timbre en el año 2001 prevista en esta ley, sin exceder un monto total a anticipar por parte de la Nación de ochenta mil millones. Dichos recursos se destinarán exclusivamente a pagar las mesadas pensionales atrasadas. El Gobierno reglamentará la forma y oportunidad en que se acreditará el atraso en las mesadas pensionales en la fecha mencionada, la fórmula de cálculo del valor correspondiente y la distribución de los recursos cuando los mismos no alcancen a cubrir la totalidad de las mesadas atrasadas.

Artículo 3°. *Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales*. Para efectos de administrar los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales en los términos de esta ley, créase el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, como un fondo sin personería jurídica a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tiene como objeto cuantificar y controlar las obligaciones pensionales, asignar los recursos a los entes territoriales y entregar los mismos a los Patrimonios Autónomos que se constituyan exclusivamente en las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías privadas o públicas o en sociedades fiduciarias privadas o públicas, en razón de la naturaleza de los recursos administrados y el objetivo de los mismos, en la forma prevista en la presente ley.

En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, por el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales y la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos, la Nación no asume responsabilidad por los mismos.

En dicho Fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en dicha cuenta serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Patrimonios Autónomos Pensionales destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes.

Artículo 4°. *Pasivo pensional como proyecto prioritario*. Dentro del Plan de Desarrollo de la respectiva entidad deberá incluirse como proyecto prioritario la constitución de las reservas necesarias y su administración a través de los Patrimonios Autónomos Pensionales, para cubrir el pasivo pensional en los términos de ley.

Artículo 5°. *Transferencia de activos fijos*. El Gobierno podrá fijar los parámetros generales conforme a los cuales el Consejo Directivo del Fondo podrá autorizar que se reciban de las entidades territoriales activos fijos que podrán ser administrados en Encargos Fiduciarios hasta por un monto no superior al 30% del valor de las obligaciones pensionales de dicha entidad. Dichos activos serán enajenados y los recursos allí obtenidos se transferirán al Patrimonio Autónomo Pensional que tenga constituido la entidad.

Los activos que se entreguen deberán ser enajenables, no se podrán recibir por un monto superior a su valor en libros y, en todo caso, la entidad territorial deberá obligarse a garantizar la liquidez de los mismos en el evento en que ello sea necesario. Además, periódicamente deberá determinarse el valor de mercado de dichos activos y en el evento en que el mismo sea inferior a aquel por el cual se recibió el bien, la entidad territorial quedará obligada a aportar la diferencia en la medida en que ello sea necesario para que los recursos en su cuenta cubran el valor del pasivo pensional de acuerdo con el cálculo actuarial.

Artículo 6°. *Retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales*. No se podrá retirar recursos de la cuenta de cada entidad territorial en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales hasta tanto sumado el monto acumulado en la

cuenta territorial en el Fondo Nacional de Pasivos de las Entidades Territoriales con los recursos que tengan en su Patrimonio Autónomo Pensional, se haya cubierto el ciento por ciento (100%) del pasivo pensional, de conformidad con el respectivo cálculo actuarial. Cumplido dicho monto la entidad podrá destinar los recursos del Fondo al pago de pasivos pensionales, siempre y cuando, en todo caso el saldo de la cuenta en el Fondo y en el Patrimonio Autónomo Pensional, cubra el cálculo del pasivo pensional total de la entidad. Mientras la suma de estos dos saldos, no cubra dicho cálculo, la entidad deberá cubrir sus pasivos pensionales exigibles con los recursos del patrimonio Autónomo constituido o con otros recursos.

Así mismo, cuando los pasivos pensionales, de una entidad estén cubiertos, los recursos a que se refiere el artículo 2 de esta ley que se causen a partir de dicha fecha podrán ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con la ley. En todo caso, si el pasivo deja de estar adecuadamente cubierto deberán destinarse los recursos nuevamente a la financiación de la cuenta de la entidad en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales. Los recursos nacionales a que se refiere la ley, se distribuirán entre las cuentas de las entidades que no tenga cubierto todo su pasivo.

Los rendimientos financieros serán de las entidades territoriales aportantes.

Artículo 7°. *Reglas para el funcionamiento del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales*. Para el funcionamiento del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. El Fondo **registrará** los recursos en cuentas separadas correspondientes a cada entidad territorial.
2. Los recursos que correspondan a cada entidad se **registrarán** a su respectiva cuenta.
3. Dentro de las cuentas asignadas a cada entidad territorial, el Fondo asignará subcuentas correspondientes a los diferentes sectores que generan pasivos pensionales que tengan fuentes de financiación específicas.
4. **Los recursos se administrarán a través de Patrimonios Autónomos que constituirá el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales en las Administradoras de Pensiones y Cesantías privadas. El criterio de asignación de recursos corresponderá a la participación de mercado de cada Administradora de Pensiones y Cesantías privada, dentro del total de activos administrados del Sistema General de Pensiones privado, según certificación que expida la Superintendencia Bancaria.**
5. **La rentabilidad mínima de los Patrimonios Autónomos que se constituyan para la administración de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de Entidades Territoriales será equivalente al promedio ponderado de la rentabilidad generada por todos los patrimonios autónomos participantes, disminuida en el diez por ciento (10%), de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Los recursos de dichos Patrimonios Autónomos se invertirán teniendo en cuenta las reglas previstas para la inversión de las reservas del régimen de ahorro individual con solidaridad, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, con el fin de preservar su rentabilidad y seguridad.**
6. **La comisión de administración de dichos patrimonios autónomos será hasta del 1.2% anual efectiva sobre los recursos administrados.**

7. **El Treinta por ciento (30%) de los recursos administrados serán invertidos en Bonos de Deuda avalados por la Nación u otros instrumentos financieros similares, emitidos por los establecimientos de Crédito debidamente autorizados para la financiación de vivienda, con el fin de que dichos establecimientos creen líneas de**

crédito especiales para financiar adquisición de vivienda, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

Artículo 8°. *Comité Directivo del Fondo.* El Fondo tendrá un Comité Directivo conformado de la siguiente manera:

El Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien lo presidirá, o su delegado, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado, el Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado, el Ministro del Interior o su delegado, dos representantes de los departamentos, dos representantes de los municipios, un representante de los distritos y **un representante de los pensionados designado por los presidentes de las organizaciones de pensionados de las entidades territoriales, que estén en vigencia legal.**

El Comité Directivo del Fondo tendrá las siguientes funciones:

1. Determinar las políticas generales de administración del Fondo de acuerdo con la ley.
2. Aprobar los estados financieros del Fondo.
3. Aprobar la sustitución de activos por parte de entidades territoriales de conformidad con el artículo 5° de esta ley.
4. Darse su propio reglamento.

Artículo 9°. *Cálculos actuariales.* Para el cumplimiento de la presente ley, deberá elaborarse un cálculo actuarial respecto de cada entidad territorial de acuerdo con la metodología que para tal fin diseñe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dicho cálculo deberá actualizarse periódicamente en la forma que señale el Gobierno Nacional, y las normas de la Contaduría General de la Nación.

Artículo 10. *Obligación de realizar los trámites para garantizar el pago de pasivo pensional.* Constituye falta gravísima el no adelantar todos los trámites necesarios para cubrir el pasivo pensional en la forma prevista en esta ley.

Corresponde a la entidad territorial realizar el giro de los recursos al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales cuando quiera que dichos recursos sean generados por la misma entidad territorial. Cuando dichos recursos deban ser girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, éste descontará y girará directamente los recursos al Fondo.

Igualmente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá actuar como juez con jurisdicción coactiva para obtener la transferencia de los recursos correspondientes de la entidad territorial. Para estos efectos los recursos correspondientes podrán ser embargados por dicho Ministerio. Lo dispuesto en este inciso es sin perjuicio de lo previsto en la ley orgánica de presupuesto.

Artículo 11. *Participación de las transferencias municipales para los sectores sociales.* Adiciónese un nuevo numeral al artículo 21 de la Ley 60 de 1993, que será el numeral 16. En consecuencia los numerales 16 y 17 del artículo 21 de la Ley 60 de 1993 quedarán así:

16. Cubrimiento de los pasivos pensionales de la respectiva entidad a través del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales.

17. En otros sectores que el Conpes social estime conveniente a solicitud de la Federación Colombiana de Municipios.

Artículo 12. *Modificación del artículo 22 de la Ley 60 de 1993.* Adiciónase el siguiente numeral artículo 22 de la Ley 60 de 1993:

7. En cubrimiento de los pasivos pensionales de la respectiva entidad a través del Fondo Nacional de Pensiones de las entidades públicas territoriales para lo cual se destinará el incremento porcentual previsto por la Constitución Política a partir del año 2000.

CAPITULO II

Disposiciones finales

Artículo 13. *Marco presupuestal de la negociación colectiva.* Se requerirá autorización previa de la asamblea departamental o el concejo distrital o municipal para celebrar pactos o convenciones colectivas que comprometan recursos de más de una vigencia fiscal.

En todo caso en concordancia con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, cuando quiera que se asuman obligaciones pensionales adicionales a las previstas en el Sistema de Seguridad Social, la entidad pública deberá constituir patrimonios autónomos o contratar con una compañía de seguros o entidad facultada para el efecto, de tal forma que se garantice el pago correspondiente en la forma, oportunidad y en las condiciones que determine el Gobierno Nacional. Estos mecanismos deberán preverse en el acuerdo por el cual se asuman las obligaciones adicionales so pena de ineficacia. Para tal efecto deberán elaborarse los estudios actuariales correspondientes en forma que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Artículo 14. *Denuncia de las convenciones o pactos colectivos.* De conformidad con la Ley 100 de 1993, todos los órganos estatales inclusive los que se encuentren en proceso de liquidación deberán denunciar las convenciones y pactos colectivos de trabajo que no se ajusten a los principios y reglas de la Ley 100 de 1993, con el fin de que las mismas se sujeten al régimen pensional previsto en la ley.

Artículo 15. *Restricción al apoyo financiero de la Nación.* Prohíbese a la Nación otorgar apoyos financieros directos o indirectos a las entidades territoriales que no cumplan las disposiciones de la presente ley, en consecuencia a ellas no se les podrá prestar recursos de la Nación, cofinanciar proyectos, garantizar operaciones de crédito público o transferir cualquier clase de recursos, distintos a los señalados en la Constitución Política.

Artículo 16. *Información y responsabilidad disciplinaria.* Con el fin de asegurar el seguimiento del cumplimiento de las obligaciones en materia pensional de las entidades territoriales, las mismas deberán remitir con la periodicidad que indique el Gobierno Nacional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la información que se requiera para el efecto.

Constituye falta gravísima la violación de lo dispuesto en esta ley.

Artículo 17. **Los bonos pensionales que emitan las entidades territoriales, así como los que emitan las demás entidades, se liquidarán con las mismas condiciones, independientemente de que el afiliado correspondiente se encuentre afiliado al régimen de prima media o de ahorro individual con solidaridad, para lo cual se tomarán como base las condiciones previstas para estos últimos. Para este efecto, cuando en la fecha de referencia el afiliado no cotizaba, para determinar el ingreso base para calcular el bono se tomarán en cuenta los factores salariales que se utilicen para determinar el monto de la pensión.**

En todo caso el emisor y cada contribuyente responderán cada uno por su cuota parte en el bono para lo cual los bonos podrán emitirse a través de cupones y podrá preverse su pago a plazos en la forma que determine el Gobierno.

Cuando sea necesario reliquidar bonos ya expedidos que no se encuentren en firme, por razón del cambio en la forma de cálculo de los bonos o por error cometido en la expedición, la entidad emisora podrá proceder a reliquidar el bono, cancelando el bono inicial y expidiendo uno nuevo, previa comunicación al beneficiario.

Artículo 18. *Vigencia y derogatorias.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

3. Proposiciones de modificación para el segundo debate

Se propone hacer las siguientes modificaciones:

El artículo 1º se modifica en el sentido de aclarar el párrafo en donde mencionan las obligaciones que constituyen el pasivo pensional:

Parágrafo. Entiéndase por pasivo pensional las obligaciones compuestas por los bonos pensionales tipo 'A' y los bonos pensionales tipo 'B', las pensiones y las cuotas de bonos y pensiones.

El artículo 2º se modifica en su numeral 8, con el fin de fijar como año inicial de los aportes del impuesto de registro el año 2001 en lugar del año 2000, adicionalmente, el párrafo 1º para incluir los ingresos del Loto Nacional dentro de la distribución a las entidades territoriales, así como la no inclusión del número del artículo de la Constitución Política por considerarlo innecesario; y el párrafo 4º para aclarar el tipo de patrimonio autónomo:

Artículo 2º.

8. A partir del 1º de enero del año 2001, el 20% del producto del impuesto de registro.

Parágrafo 1º. Los recursos señalados en los numerales 5, 6, 10 y 11, cuando vayan a financiar pasivos de las entidades territoriales, se distribuirán entre los departamentos y distritos de una parte, y los municipios de otra, en la misma proporción que exista entre los recursos del situado fiscal y los correspondientes a la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación en cada año. La distribución entre cada uno de los departamentos y distritos y entre cada uno de los municipios se hará conforme a los mismos criterios previstos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, según sea el caso. Para efectos de los cálculos correspondientes a la distribución entre los municipios no se tendrán en cuenta los distritos previstos en la Constitución Política.

Los recursos provenientes de una determinada, entidad territorial se destinarán a dicha entidad territorial.

Parágrafo 4º. Las entidades territoriales podrán destinar los recursos que no correspondan al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales para los Fondos de Pensiones del nivel territorial o los patrimonios autónomos que tengan constituidos para pensiones.

En el artículo 3º, inciso primero, se omite la palabra cuantificar como objeto del fondo, en tanto esta labor le corresponde a cada entidad territorial.

Artículo 3º. *Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales*. Para efectos de administrar los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales en los términos de esta ley, créase el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, como un fondo sin personería jurídica a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tiene como objeto controlar las obligaciones pensionales, asignar los recursos a los entes territoriales y entregar los mismos a los patrimonios autónomos que se constituyan exclusivamente en las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías privadas o públicas o en sociedades fiduciarias privadas o públicas, en razón de la naturaleza de los recursos administrados y el objetivo de los mismos, en la forma prevista en la presente ley.

El inciso 3º se modifica para eliminar la palabra pensionales, de la expresión patrimonios autónomos pensionales, por cuanto no existe actualmente esta denominación.

En dicho fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en dicha cuenta serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes.

El artículo 4º se modifica cambiando la expresión "los patrimonios autónomos pensionales" por la expresión "el Fonpet":

Artículo 4º. *Pasivo pensional como proyecto prioritario*. Dentro del Plan de Desarrollo de la respectiva entidad deberá incluirse como proyecto prioritario la constitución de las reservas necesarias y su administración a través de Fonpet, para cubrir el pasivo pensional en los términos de ley.

El artículo 5º se modifica para aclarar el mecanismo para el traslado de recursos a las entidades territoriales:

Artículo 5º. *Transferencia de activos fijos*. El Gobierno podrá fijar los parámetros generales conforme a los cuales el Consejo Directivo del Fondo podrá autorizar que se entregue a las entidades territoriales un monto de recursos líquidos no superior al treinta por ciento (30%) del saldo de la cuenta de la entidad, con destino al pago de obligaciones pensionales, proveniente de las fuentes de recursos previstas en los numerales 1, 2, 3, 8, 9, 10, 11 del artículo 2º de la presente ley. A cambio de estos recursos, se recibirán de las entidades territoriales activos fijos que podrán ser administrados en encargos fiduciarios. Dichos activos serán enajenados y los recursos allí obtenidos se transferirán al Fonpet.

Se propone que el artículo 6º quede de la siguiente manera:

Artículo 6º. *Retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales*. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, no se podrá retirar recursos de la cuenta de cada entidad territorial en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales hasta tanto sumado el monto acumulado en la cuenta territorial en el Fondo Nacional de Pasivos de las Entidades Territoriales con los recursos que tengan en sus Fondos Territoriales de pensiones o en sus Patrimonios Autónomos, se haya cubierto el ciento por ciento (100%) del pasivo pensional, de conformidad con el respectivo cálculo actuarial. Cumplido dicho monto, la entidad podrá destinar los recursos del Fondo al pago de pasivos pensionales, siempre y cuando, en todo caso el saldo de la cuenta en el Fonpet, en los Fondos Territoriales y en los Patrimonios Autónomos que tengan constituidos, cubra el cálculo del pasivo pensional total de la entidad. Mientras la suma de estos dos saldos, no cubra dicho cálculo, la entidad deberá cubrir sus pasivos pensionales exigibles con los recursos del Fondo Territorial de Pensiones o el Patrimonio Autónomo constituido o con otros recursos.

Así mismo, cuando los pasivos pensionales, de una entidad estén cubiertos, los recursos a que se refiere el artículo 2 de esta ley que se causen a partir de dicha fecha podrán ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos. En todo caso, si el pasivo deja de estar adecuadamente cubierto deberán destinarse los recursos nuevamente a la financiación de la cuenta de la entidad en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales. Los recursos nacionales a que se refiere la ley, se distribuirán entre las cuentas de las entidades que no tengan cubierto todo su pasivo.

Los rendimientos financieros que generen los recursos del Fonpet constituirán un mayor valor de las cuentas de las entidades territoriales aportantes.

Artículo 7º.

4. Los recursos se administrarán a través de Patrimonios Autónomos que constituirá el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales en las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías. El criterio de asignación de recursos corresponderá a la participación de mercado de cada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías o Sociedades Fiduciarias, dentro del total de activos administrados del Sistema General de Pensiones privado, según certificación que expida la Superintendencia Bancaria.

7. El Treinta por ciento (30%) de los recursos administrados serán invertidos en Bonos Hipotecarios o que tengan como finalidad la fi-

nanciación de vivienda, emitidos por los establecimientos de crédito debidamente autorizados para la financiación de vivienda, con el fin de que dichos establecimientos creen líneas de crédito especiales para financiar adquisición de vivienda, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

El artículo 9° se modifica con el fin de incluir la obligación de elaborar el cálculo actuarial, también para las entidades descentralizadas.

Artículo 9°. *Cálculos actuariales.* Para el cumplimiento de la presente ley, deberá elaborarse un cálculo actuarial respecto de cada entidad territorial y sus entidades descentralizadas de acuerdo con la metodología que para tal fin diseñe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dicho cálculo deberá actualizarse periódicamente en la forma que señale el Gobierno Nacional, y las normas de la Contaduría General de la Nación.

En el artículo 15 se precisan las condiciones para que la Nación preste apoyo financiero.

Artículo 15. *Restricción al apoyo financiero de la Nación.* Prohíbese a la Nación otorgar apoyos financieros directos o indirectos a las entidades territoriales que no cumplan las disposiciones de la presente ley, en consecuencia a ellas no se les podrá conceder créditos con recursos de la Nación, cofinanciar proyectos, autorizar o garantizar operaciones de crédito público o transferir cualquier clase de recursos, distintos a los señalados en la Constitución Política.

Por las consideraciones anteriores el articulado quedará así.

En consecuencia el texto del proyecto de ley, aprobado en el primer debate en la honorable Comisión Tercera del Senado es el siguiente:

PROYECTO DE LEY NUMERO 62 DE 1999

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

CAPITULO I

Cubrimiento del pasivo pensional, de las entidades territoriales y creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales

Artículo 1°. *Cobertura de los pasivos pensionales.* Con el fin de asegurar la estabilidad económica del Estado, las entidades territoriales deberán cubrir en la forma prevista en esta ley el valor de los pasivos pensionales a su cargo, en los plazos y en los porcentajes que señale el Gobierno Nacional. Dicha obligación deberá cumplirse a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. En todo caso, los pasivos pensionales deberán estar cubiertos en un ciento por ciento (100%) en un término no mayor de treinta (30) años.

Para este efecto, se tomarán en cuenta tanto los pasivos del sector central de las entidades territoriales como los del sector descentralizado.

Parágrafo. Entiéndese por pasivo pensional las obligaciones compuestas por los bonos **pensionales** tipo 'A' y los bonos **pensionales** tipo 'B', **las pensiones y las cuotas partes de bonos y pensiones.**

Artículo 2°. *Recursos para el pago de los pasivos pensionales.* Se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos:

1. Los nuevos recursos que sean transferidos a los departamentos y distritos por concepto de situado fiscal originado en los recursos recaudados por razón del impuesto a las transacciones financieras a que se refiere el artículo 117 de la Ley del Plan de Desarrollo, los cuales se destinarán a atender pasivos pensionales territoriales de las áreas de salud y educación, y se repartirán entre dichas áreas y entre departamentos y distritos, en la misma proporción en que se distribuya entre los sectores y entidades mencionadas el situado fiscal en el respectivo año.

2. Los que se produzcan por razón del incremento porcentual en la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación,

que se realice a partir del año 2000, incluido este último de acuerdo con el Parágrafo del artículo 357 de la Constitución Política que se distribuirá entre las cuentas de las entidades territoriales en la misma forma en que se distribuyan las participaciones en los ingresos de la Nación.

3. Para el año 2000 y siguientes los recursos del Fondo Nacional de Regalías destinados para financiar proyectos de inversión calificados de prioritarios por el plan de desarrollo de las entidades territoriales, siempre y cuando dichos recursos no tengan otro destino de acuerdo con la Ley del Plan Nacional de Desarrollo y no se encuentren comprometidos a la fecha de entrada en vigencia de esta ley. Estos recursos se distribuirán entre las cuentas de las entidades territoriales con los mismos criterios que se aplican para la distribución de los recursos de inversión del Fondo Nacional de Regalías.

4. El 10% de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, los cuales se distribuirán por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen.

5. Un monto equivalente al diez por ciento (10%) de los recursos que los particulares inviertan en entidades con participación accionaria mayoritaria de la Nación a título de capitalización, en los términos del artículo 132 del Plan Nacional de Desarrollo.

De igual forma se incluirá un equivalente al 10% de los recursos que los particulares invirtieron en entidades con participación mayoritaria de la Nación en capitalizaciones en empresas públicas eléctricas en los últimos tres años anteriores a la vigencia de esta ley. Estos recursos se incorporarán en el Presupuesto General de la Nación de la siguiente manera:

a) Cuando se trate de capitalizaciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 508 de 1999, se distribuirá entre los presupuestos de la Nación correspondientes a las tres vigencias fiscales posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley;

b) Cuando se trate de capitalizaciones posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 508, se distribuirán entre los presupuestos de la Nación correspondientes a las tres vigencias fiscales siguientes a la capitalización.

6. A partir del 1° de enero del año 2000, el 20% de los bienes cuyo dominio se extinga a favor de la Nación, en virtud de la aplicación de la Ley 333 de 1997 y las normas que la complementen o adicionen. Dichos bienes continuarán siendo administrados por las autoridades previstas en las disposiciones vigentes, con la participación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y deberán ser enajenados para que con su producto y el de su administración se incremente el valor del Fondo.

7. A partir del 1° de enero del año 2000, el 15% del producto de la enajenación al sector privado de acciones o activos de las entidades territoriales.

8. A partir del 1° de enero del año 2001, el 20% del producto del impuesto de registro.

9. A partir del año 2001 el 5% de los ingresos corrientes de libre destinación del respectivo departamento. Dicho porcentaje se incrementará anualmente en un punto porcentual, de tal manera que a partir del año 2006, inclusive, se destine al Fondo el 10% de los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial.

10. Los ingresos que se obtengan por la explotación del Loto único nacional, el cual organizará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. Dichos recursos se destinarán a atender el pasivo pensional del sector salud en las entidades territoriales. Inicialmente los recursos tendrán por objeto cubrir la responsabilidad de financiamiento de dicho pasivo prevista en la Ley 60 de 1993, para lo cual la asignación de los recursos se distribuirá

entre la Nación y las entidades territoriales en la misma proporción en que deben financiarse estos pasivos pensionales, prevista por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y las disposiciones que la adicionen o reformen. Una vez cubierta la responsabilidad de financiamiento compartida de acuerdo con la mencionada ley, el producto del Loto se destinará a financiar el resto del pasivo pensional del sector salud de las entidades territoriales.

11. A partir del año 2001, el 70% del producto del impuesto del producto del impuesto de timbre nacional.

Parágrafo 1º. Los recursos señalados en los numerales 5, 6, 10 y 11, cuando vayan a financiar pasivos de las entidades territoriales, se distribuirán entre los departamentos y distritos de una parte, y los municipios de otra en la misma proporción que exista entre los recursos del situado fiscal y los correspondientes a la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación en cada año. La distribución entre cada uno de los departamentos y distritos y entre cada uno de los municipios se hará conforme a los mismos criterios previstos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, según sea el caso. Para efectos de los cálculos correspondientes a la distribución entre los municipios no se tendrán en cuenta los distritos previstos en la Constitución Política.

Los recursos provenientes de una determinada entidad territorial se destinarán a dicha entidad territorial.

Parágrafo 2º. A partir del 1º de enero del año 2001, el impuesto de registro se podrá incrementar en un medio punto porcentual respecto de las tarifas previstas en la ley.

Parágrafo 3º. En todo caso para que se abonen a las entidades territoriales recursos nacionales, distintos a las transferencias constitucionales, será necesario que las mismas estén cumpliendo a cabalidad con las normas que rigen el régimen pensional.

Parágrafo 4º. Las entidades territoriales podrán destinar los recursos que no correspondan al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales para los Fondos de Pensiones del nivel territorial o los patrimonios autónomos **que tengan constituidos para pensiones.**

Parágrafo 5º. Los docentes a cargo de los municipios, departamentos, y distritos seguirán adscritos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos previstos en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994.

Parágrafo 6º. Para el año 2000 el Gobierno Nacional podrá anticipar a las entidades territoriales que tenían pendientes de pago mesadas atrasadas al 30 de octubre de 1999, el valor equivalente que correspondería a su respectiva cuenta por la participación en el impuesto de timbre en el año 2001 prevista en esta ley, sin exceder un monto total a anticipar por parte de la Nación de ochenta mil millones. Dichos recursos se destinarán exclusivamente a pagar las mesadas pensionales atrasadas. El Gobierno reglamentará la forma y oportunidad en que se acreditará el atraso en las mesadas pensionales en la fecha mencionada, la fórmula de cálculo del valor correspondiente y la distribución de los recursos cuando los mismos no alcancen a cubrir la totalidad de las mesadas atrasadas.

Artículo 3º. *Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales.* Para efectos de administrar los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales en los términos de esta ley, créase el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, como un fondo sin personería jurídica a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tiene como objeto controlar las obligaciones pensionales, asignar los recursos a los entes territoriales y entregar los mismos a los Patrimonios Autónomos que se constituyan exclusivamente en las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías o en sociedades fiduciarias privadas o públicas, en razón de la naturaleza de los recursos administrados y el objetivo de los mismos, en la forma prevista en la presente ley.

En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, por

el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales y la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos, la Nación no asume responsabilidad por los mismos.

En dicho Fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en dicha cuenta serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes.

Artículo 4º. *Pasivo pensional como proyecto prioritario.* Dentro del Plan de Desarrollo de la respectiva entidad deberá incluirse como proyecto prioritario la constitución de las reservas necesarias y su administración a través del Fonpet, para cubrir el pasivo pensional en los términos de ley.

Artículo 5º. *Transferencia de activos fijos.* El Gobierno podrá fijar los parámetros generales conforme a los cuales el Consejo Directivo del Fondo podrá autorizar que se **entregue a las entidades territoriales un monto de recursos líquidos no superior al 30% del saldo de la cuenta de la entidad, con destino al pago de las obligaciones pensionales, provenientes de las fuentes de recursos previstas en los numerales 1, 2, 3, 8, 9, 10 y 11 del artículo 2º de la presente ley. A cambio de estos recursos, no se recibirán de las entidades territoriales activos fijos que podrán ser administrados en encargos fiduciarios. Dichos activos serán enajenados y los recursos allí obtenidos se transferirán al Fonpet.**

Los activos que se entreguen deberán ser enajenables, no se podrán recibir por un monto superior a su valor en libros y, en todo caso, la entidad territorial deberá obligarse a garantizar la liquidez de los mismos en el evento en que ello sea necesario. Además, periódicamente deberá determinarse el valor de mercado de dichos activos y en el evento en que el mismo sea inferior a aquel por el cual se recibió el bien, la entidad territorial quedará obligada a aportar la diferencia en la medida en que ello sea necesario para que los recursos en su cuenta cubran el valor del pasivo pensional de acuerdo con el cálculo actuarial.

Artículo 6º. *Retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales.* Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, no se podrá retirar recursos de la cuenta de cada entidad territorial en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales hasta tanto sumado el monto acumulado en la cuenta territorial en el Fondo Nacional de Pasivos de las Entidades Territoriales con los recursos que tengan en **sus Fondos Territoriales de pensiones o en sus Patrimonios Autónomos, se haya cubierto el ciento por ciento (100%) del pasivo pensional, de conformidad con el respectivo cálculo actuarial.** Cumplido dicho monto, la entidad podrá destinar los recursos del Fondo al pago de pasivos pensionales, siempre y cuando, en todo caso el saldo de la cuenta en el Fonpet, en los Fondos Territoriales y en los Patrimonios Autónomos **que tengan constituidos, cubra el cálculo del pasivo pensional total de la entidad.** Mientras la suma de estos dos saldos, no cubra dicho cálculo, la entidad deberá cubrir sus pasivos pensionales exigibles con los recursos del Fondo Territorial de Pensiones y el Patrimonio Autónomo constituido o con otros recursos.

Así mismo, cuando los pasivos pensionales, de una entidad estén cubiertos, los recursos a que se refiere el artículo 2 de esta ley que se causen a partir de dicha fecha podrán ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con **las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos.** En todo caso, si el pasivo deja de estar adecuadamente cubierto deberán destinarse los recursos nuevamente a la financiación de la cuenta de la entidad en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales. Los recursos nacionales a que se refiere la ley, se distribuirán entre las cuentas de las entidades que no tenga cubierto todo su pasivo.

Los rendimientos financieros **que generen los recursos del Fonpet constituirán un mayor valor de las cuentas** de las entidades territoriales aportantes.

Artículo 7°. *Reglas para el funcionamiento del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales.* Para el funcionamiento del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. El Fondo registrará los recursos en cuentas separadas correspondientes a cada entidad territorial.

2. Los recursos que correspondan a cada entidad se registrarán en su respectiva cuenta.

3. Dentro de las cuentas asignadas a cada entidad territorial, el Fondo asignará subcuentas correspondientes a los diferentes sectores que generan pasivos pensionales que tengan fuentes de financiación específicas.

4. Los recursos se administrarán a través de Patrimonios Autónomos que constituirá el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales en las **Sociedades** Administradoras de **Fondos** de Pensiones y Cesantías. El criterio de asignación de recursos corresponderá a la participación de mercado de cada **Sociedad** Administradora de **Fondos** de Pensiones y Cesantías o **Sociedades Fiduciarias**, dentro del total de activos administrados del Sistema General de Pensiones privado, según certificación que expida la Superintendencia Bancaria.

5. La rentabilidad mínima de los Patrimonios Autónomos que se constituyan para la administración de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de Entidades Territoriales será equivalente al promedio ponderado de la rentabilidad generada por todos los patrimonios autónomos participantes, disminuida en el diez por ciento (10%), de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Los recursos de dichos Patrimonios Autónomos se invertirán teniendo en cuenta las reglas previstas para la inversión de las reservas del régimen de ahorro individual con solidaridad, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, con el fin de preservar su rentabilidad y seguridad.

6. La comisión de administración de dichos patrimonios autónomos será hasta del 1.2% anual efectiva sobre los recursos administrados.

7. El treinta por ciento (30%) de los recursos administrados serán invertidos en **Bonos Hipotecarios o que tengan como finalidad la financiación de vivienda**, emitidos por los establecimientos de Crédito debidamente autorizados para la financiación de vivienda, con el fin de que dichos establecimientos creen líneas de crédito especiales para financiar adquisición de vivienda, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

Artículo 8°. *Comité Directivo del Fondo.* El Fondo tendrá un Comité Directivo conformado de la siguiente manera:

El Ministro de Hacienda y Crédito Público quien lo presidirá, o su delegado, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado, el Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado, el Ministro de Interior o su delegado, dos representantes de los departamentos, dos representantes de los municipios, un representante de los distritos y un representante de los pensionados designado por los presidentes de las organizaciones de pensionados de las entidades territoriales, que estén en vigencia legal.

El Comité Directivo del Fondo tendrá las siguientes funciones:

1. Determinar las políticas generales de administración del Fondo de acuerdo con la ley.

2. Aprobar los estados financieros del Fondo.

3. Aprobar la sustitución de activos por parte de entidades territoriales de conformidad con el artículo 5 de esta ley.

4. Darse su propio reglamento.

Artículo 9°. *Cálculos actuariales.* Para el cumplimiento de la presente ley, deberá elaborarse un cálculo actuarial respecto de cada entidad territorial **y sus entidades descentralizadas** de acuerdo con la metodología que para tal fin diseñe el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dicho cálculo deberá actualizarse periódicamente en la forma que señale el Gobierno Nacional, y las normas de la Contaduría General de la Nación.

Artículo 10. *Obligación de realizar los trámites para garantizar el pago de pasivo pensional.* Constituye falta gravísima el no adelantar todos los trámites necesarios para cubrir el pasivo pensional en la forma prevista en esta ley.

Corresponde a la entidad territorial realizar el giro de los recursos al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales cuando quiera que dichos recursos sean generados por la misma entidad territorial. Cuando dichos recursos deban ser girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, éste descontará y girará directamente los recursos al Fondo.

Igualmente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá actuar como juez con jurisdicción coactiva para obtener la transferencia de los recursos correspondientes de la entidad territorial. Para estos efectos los recursos correspondientes podrán ser embargados por dicho Ministerio. Lo dispuesto en este inciso es sin perjuicio de lo previsto en la ley orgánica de presupuesto.

Artículo 11. *Participación de las transferencias municipales para los sectores sociales.* Adiciónese un nuevo numeral al artículo 21 de la Ley 60 de 1993, que será el numeral 16. En consecuencia los numerales 16 y 17 del artículo 21 de la Ley 60 de 1993 quedarán así:

16. Cubrimiento de los pasivos pensionales de la respectiva entidad a través del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales.

17. En otros sectores que el Conpes social estime conveniente a solicitud de la Federación Colombiana de Municipios.

Artículo 12. *Modificación del artículo 22 de la Ley 60 de 1993.* Adiciónese el siguiente numeral al artículo 22 de la Ley 60 de 1993:

7. En cubrimiento de los pasivos pensionales de la respectiva entidad a través del Fondo Nacional de Pensiones de las entidades públicas territoriales para lo cual se destinará el incremento porcentual previsto por la Constitución Política a partir del año 2000.

CAPITULO II

Disposiciones finales

Artículo 13. *Marco presupuestal de la negociación colectiva.* Se requerirá autorización previa de la asamblea departamental o el Concejo Distrital o Municipal para celebrar pactos o convenciones colectivas que comprometan recursos de más de una vigencia fiscal.

En todo caso, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, cuando quiera que se asuman obligaciones pensionales adicionales a las previstas en el Sistema de Seguridad Social, la entidad pública deberá constituir patrimonios autónomos o contratar con una compañía de seguros o entidad facultada para el efecto, de tal forma que se garantice el pago correspondiente en la forma, oportunidad y en las condiciones que determine el Gobierno Nacional. Estos mecanismos deberán preverse en el acuerdo por el cual se asuman las obligaciones adicionales so pena de ineficacia. Para tal efecto deberán elaborarse los estudios actuariales correspondientes en forma que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Artículo 14. *Denuncia de las convenciones o pactos colectivos.* De conformidad con la Ley 100 de 1993, todos los órganos estatales inclusive los que se encuentren en proceso de liquidación deberán denunciar las convenciones y pactos colectivos de trabajo que no se ajusten a los principios y reglas de la Ley 100 de 1993, con el fin de que las mismas se sujeten al régimen pensional previsto en la ley.

Artículo 15. *Restricción al apoyo financiero de la Nación.* Prohíbese a la Nación otorgar apoyos financieros directos o indirectos a las entidades territoriales que no cumplan las disposiciones de la presente ley, en consecuencia a ellas no se les **podrá conceder créditos con recursos de la Nación, cofinanciar proyectos, autorizar o garantizar operaciones de crédito público o transferir cualquier clase de recursos, distintos a los señalados en la Constitución Política.**

Artículo 16. *Información y responsabilidad disciplinaria.* Con el fin de asegurar el seguimiento del cumplimiento de las obligaciones en materia pensional de las entidades territoriales, las mismas deberán remitir con la periodicidad que indique el Gobierno Nacional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la información que se requiera para el efecto.

Constituye falta gravísima la violación de lo dispuesto en esta ley.

Artículo 17. Los bonos pensionales que emitan las entidades territoriales, así como los que emitan las demás entidades, se liquidarán con las mismas condiciones, independientemente de que el afiliado correspondiente se encuentre afiliado al régimen de prima media o de ahorro individual con solidaridad, para lo cual se tomarán como base las condiciones previstas para estos últimos. Para este efecto, cuando en la fecha de referencia el afiliado no cotizaba, para determinar el ingreso base para calcular el bono se tomarán en cuenta los factores salariales que se utilicen para determinar el monto de la pensión.

En todo caso el emisor y cada contribuyente responderán cada uno por su cuota parte en el bono para lo cual los bonos podrán emitirse a través de cupones y podrá preverse su pago a plazos en la forma que determine el Gobierno.

Cuando sea necesario reliquidar bonos ya expedidos que no se encuentren en firme, por razón del cambio en la forma de cálculo de los bonos o por error cometido en la expedición, la entidad emisora podrá proceder a reliquidar el bono, cancelando el bono inicial y expidiendo uno nuevo, previa comunicación al beneficiario.

Artículo 18. *Vigencia y derogatorias.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

Proposición

Dése segundo debate al Proyecto de ley 62 de 1999 Senado, "por el cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional".

Atentamente,

Senadores Ponentes:

Luis Guillermo Vélez, Coordinador. Isabel Celis Yáñez, Luis Gabriel Camargo, Carlos García.

TEXTOS DEFINITIVOS

TEXTO DEFINITIVO AL PROYECTO DE LEY NUMERO 09 DE 1999 SENADO, 120 DE 1998 CAMARA

Aprobado en sesión plenaria del día 2 de noviembre de 1999, por medio de la cual se autoriza la emisión de la estampilla Pro-Hospitales Universitarios.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Autorízase a las Asambleas Departamentales en cuyo territorio funcionen Hospitales Universitarios para que ordenen la estampilla "Pro-Hospitales Universitarios".

Artículo 2º. El producido de la estampilla a que se refiere el artículo anterior, se destinará principalmente para:

- Inversión y mantenimiento de la planta física;
- Dotación, compra y mantenimiento de equipo, requeridos y necesarios para desarrollar y cumplir adecuadamente con las funciones propias de la instituciones;
- Compra y mantenimiento de equipos requeridos para poner en funcionamiento áreas de laboratorio, científicas, tecnológicas y otras que requieran para su cabal funcionamiento;
- Inversión en personal especializado.

Artículo 3º. Autorízase a las Asambleas Departamentales en cuyo territorio funcionen Hospitales universitarios para que determinen las características, tarifas y todos los demás asuntos referentes al uso obligatorio de la estampilla en las actividades y operaciones que se deba realizar en los departamentos y municipios de los mismos.

Artículo 4º. Las providencias que expidan las Asambleas Departamentales en cuyo territorio funcionen Hospitales Universitarios, en desarrollo de la presente ley, serán llevadas a conocimiento del Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Artículo 5º. Las obligaciones de adherir y anular las estampillas a que se refiere esta ley quedan a cargo de los funcionarios departamentales y municipales que intervengan en los actos.

Artículo 6º. El recaudo de esta estampilla se destinará exclusivamente para lo establecido en el artículo 2º de la presente ley y la tarifa con que se graven los distintos actos, no podrá exceder del 2% del valor, de los hechos a gravar.

Artículo 7º. Los recaudos por la venta de las estampillas estarán a cargo de las Secretarías de Hacienda Departamentales y las Tesorerías Municipales de acuerdo a las ordenanzas que lo reglamenten y su control, así como su correspondiente traslado estarán a cargo de las respectivas Contralorías Departamentales.

Artículo 8º. La emisión de las estampillas cuya creación se autoriza por medio de la presente ley, será hasta por la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000.000.00) moneda corriente, anuales por departamento, y hasta por el 10% del valor del presupuesto del respectivo departamento, en concordancia con el artículo 172 del Decreto-ley 1222 de 1986.

Artículo 9º. La presente ley rige a partir de su promulgación.

Santa Fe de Bogotá, D. C., 2 de noviembre de 1999

Doctor

MIGUEL PINEDO VIDAL

Presidente

Honorable Senado de la República

Ciudad.

Señor Presidente:

Con el propósito de que el Proyecto de ley número 09 de 1999 Senado, 120 de 1998 Cámara, "por medio de la cual se autoriza la emisión de la estampilla Pro-Hospitales Universitarios", siga su curso legal y reglamentario en la honorable Cámara de Representantes, nos permitimos presentar el texto definitivo aprobado en sesión plenaria del Senado del día 2 de noviembre del presente año.

De esta manera damos cumplimiento a lo establecido por el artículo 182 de la Ley 5ª de 1992.

Cordialmente,

Piedad Zuccardi de García,
Honorable Senadora de la República.

TEXTOS APROBADOS EN COMISION

TEXTO AL PROYECTO DE LEY NUMERO 36 DE 1999 SENADO

Aprobado por la Comisión Primera del honorable Senado de la República, por la cual se celebra el Gran Jubileo y el Advenimiento del Tercer Milenio de esta era, se concede una rebaja de pena y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1°. Concédase una rebaja de una sexta parte de la pena privativa de la libertad impuesta o que llegare a imponerse, por delitos cometidos antes del 30 de junio de 1999, sin excepción alguna.

Artículo 2°. La rebaja concedida se otorgará sin perjuicio de los otros beneficios previstos en el Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Penitenciario y Carcelario y demás normas complementarias.

La concesión de la rebaja no exime al beneficiado de la obligación de cumplir la totalidad de las penas accesorias impuestas y de indemnizar los perjuicios ocasionados.

La concesión de la rebaja no afectará los términos de prescripción de acción penal ni de la pena.

Artículo 3°. La rebaja de pena, motivo de la presente ley, será concedida de plano por el juez del conocimiento, de oficio o a solicitud de parte, en el momento de dictar sentencia o por el Juez de Ejecución de Penas cuando se den las circunstancias establecidas para gozar del beneficio.

Artículo 4°. Los beneficios concedidos en esta ley no cobijarán a quienes hubieren delinquido durante su detención o ejecución de la pena.

Artículo 5°. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

En los anteriores términos fue aprobado el Proyecto de ley número 36 de 1999, según Acta número 21, con fecha 19 de octubre de 1999.

Eduardo López Villa,

Secretario Comisión Primera,

Honorable Senado de la República.

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 36 DE 1999 SENADO

por la cual se celebra el Gran Jubileo y el Advenimiento del Tercer Milenio de esta era, se concede una rebaja de pena y se dictan otras disposiciones.

Jesús Enrique Piñacué Achicué,

Senador de la República

Santa Fe de Bogotá, D. C., octubre 26 de 1999

Doctora

CLAUDIA BLUM DE BARBERI

Presidente de la Comisión Primera

Senado de la República

Referencia: Informe de ponencia positiva para segundo debate al Proyecto de ley número 36 de 1999 Senado, **por la cual se celebra el Gran Jubileo y el advenimiento del Tercer Milenio de esta era, se concede una rebaja de pena y se dictan otras disposiciones.**

Honorable Senadora:

En atención al mandato recibido de esa célula legislativa tengo el agrado de rendir ponencia positiva para segundo debate al proyecto de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

El proyecto tiene por objeto celebrar el Gran Jubileo y el Advenimiento del Tercer Milenio de esta era, mediante la concesión de una rebaja de pena de una sexta parte de la pena privativa de la libertad impuesta o que llegare a imponerse, por delitos cometidos antes del 30 de junio de 1999, como una muestra de reencuentro y reconciliación con nuestros hermanos presos en las cárceles del país.

Antecedentes

Como lo expresamos en la ponencia para primer debate, en Colombia ya se han otorgado rebaja de penas y estas se han hecho en cinco oportunidades, durante el presente siglo:

1. Ley 36 de 1910, autorización al ejecutivo para concederla.
2. La Ley 81 de 1922, concedió una rebaja de pena condicional.
3. El Decreto 637 de 1950 concediendo una rebaja de pena **con motivo del año santo.**
4. Ley 40 de 1968, con motivo de la Celebración en Colombia, **del Congreso Eucarístico y con la venida del Papa Pablo VI**, se concedió una rebaja de pena, y
5. Ley 48 de 1987, **visita del Papa Juan Pablo II.**

Como podemos apreciar **tres de las cinco ocasiones de rebaja de pena**, han tenido motivaciones de carácter religioso.

Bases del proyecto

El proyecto se basa en la celebración del año 2000, el cual reviste una gran importancia religiosa, social y política teniendo en cuenta que para los cristianos, católicos, protestantes, evangélicos y demás, el jubileo es el año de la reconciliación y el reencuentro con el otro, con el adversario, el año del perdón, el año del regreso a casa.

El año del Jubileo fue decretado por el Santo Padre, Juan Pablo II en la carta Apostólica *Tertio Millennio Adveniente*, dirigida al episcopado, al clero y a los fieles como preparación del jubileo del año 2000, toda vez que es un llamado al reencuentro con nuestros hermanos que de una u otra manera han cometido delitos, afectando nuestra convivencia y se encuentran en estos momentos, condenados o a punto de ser condenados "los dos mil años del nacimiento de Cristo, representan un Jubileo extraordinariamente grande no sólo para los cristianos, sino indirectamente para toda la humanidad, dado el papel primordial que el cristianismo ha jugado en estos dos milenios".

El jubileo es el año de gracia, el año en que se concede el perdón de los pecados, "año de reconciliación entre los adversarios, año de múltiples conversiones", razón por la cual "la tradición de los años jubilares está ligada a la concesión de indulgencias, de un modo más generoso que en otros años".

Igualmente, Monseñor Alberto Jaramillo Giraldo, Presidente de la Conferencia Episcopal, en carta dirigida al país manifiesta: "Al expresar este deseo, tenemos la certeza de que el perdón es un camino ineludible en la consecución de la paz. **Los delitos son actos violentos en contra de las víctimas y de la comunidad en general.** Ellos introducen un desorden en el orden social que debe ser reparado por la pena; por lo cual, uno de los principales factores de desintegración social es la impunidad y, al contrario, **una pena justa, incluso aplicada con clemencia, es elemento indispensable para la construcción duradera y estable.** Con todo, la pena debetender también a la enmienda del culpable, **otorgándole la posibilidad de redimirse y reintegrarse a la sociedad; ningún sistema penitenciario debería cerrar, particularmente en la práctica, las puertas hacia el arrepentimiento y la rehabilitación**".

"Por todo lo anterior, en nombre de todos los obispos de Colombia, más aún, en nombre de todos los católicos, haciéndome eco de las

diversas llamadas del Papa Juan Pablo II a emprender acciones que manifiesten la misericordia del Padre que nos amó primero, ilustrado por iniciativas que en el mismo sentido han emprendido dirigentes de diversas partes del mundo, muy respetuosamente les presento a ustedes y, por su digno conducto, a las entidades que representan en cuanto tienen la facultad constitucional para proponer, aprobar o sancionar iniciativas legislativas, **la solicitud para que se tramite con la celeridad necesaria, un proyecto de ley que otorgue una sustancial rebaja de penas con ocasión del gran jubileo del año 2000**, a todos aquellos sindicados o condenados que, previamente, se hayan arrepentido de la ofensa que han causado a la sociedad y manifiesten su voluntad de cambiar de conducta”.

Justificación del proyecto

“**Los prisioneros van a las prisiones como castigo y no a ser castigados**”. Conclusión del 2º Congreso de los directores del sistema penitenciario en países africanos.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El D. I. de los D. H., en esta materia se ha ocupado de ofrecer un régimen de protección especial para las personas privadas de la libertad con el objetivo de lograr **materializar la humanización del castigo**, por lo tanto se ha propuesto **garantizar el respeto de la integridad y la dignidad de las personas privadas de libertad, y en particular el ejercicio de sus derechos fundamentales**.

De acuerdo con lo anterior los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de los derechos y especialmente la vida, la integridad y la dignidad de las personas por encima de su interés punitivo, **no olvidemos que una persona privada de la libertad se encuentra en condiciones de vulnerabilidad y bajo custodia directa de ese Estado, pues no sólo se encuentran aisladas de la población en general, sino que se encuentran al amparo de éste para la satisfacción de sus necesidades**.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho:

1. **A que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida**
2. **A ser juzgado sin dilación injustificada, o, a ser puesto en libertad.**
3. **A un tratamiento humano durante la privación de su libertad.**

El régimen de protección de la integridad y la dignidad de las personas privadas de la libertad, se divide en dos grandes campos:

A. La prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH), reconoció en el artículo 3º, el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, y en el artículo 5º, consagró la prohibición absoluta de torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

2. La Declaración Americana de Derechos Y Deberes del hombre (en adelante DADDH) lo hace en sus artículos 1º, 25 y 26, complementándolos con el derecho de protección contra la detención arbitraria.

3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP, artículo 7º.

4. La Convención Americana de Derechos Humanos, CADH, en el artículo 5º.

5. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, CDHNU, en la Observación General número 20 producida en el 44º período de sesiones de 1992, afirma que muchas de las obligaciones de los estados que se derivan de la prohibición de la tortura se extienden a la prohibición de los malos tratos, lo cual deberá interpretarse como una protección contra todo abuso físico o mental, entendiéndose el término de la manera más amplia posible.

6. Convención Interamericana contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984 y la Convención Interamericana para prevenir y sanción de la tortura de 1985.

B. La obligación de garantizar un trato humano durante la privación de la libertad: se puede dividir en tres aspectos: La necesidad de proteger la dignidad de las personas privadas de la libertad, la separación de personas condenadas y no condenadas y la necesidad de lograr la función social de la pena.

1. La Convención Americana de Derechos Humanos, CADH, en el artículo 5º.

2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP, lo hace en su artículo 10, el cual sirve de guía para entender mejor esta obligación, pues reúne los diferentes componentes del tratamiento debido a las personas privadas de la libertad. Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2.1 Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.

2.2 Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

2.3 El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

3. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, CDHNU.

3.1. En relación con el trato debido a las personas privadas de la Libertad, estableció que el artículo 10.1: Impone a los estados Partes una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad y complementa la prohibición de la tortura prevista en el artículo 7º del Pacto. En consecuencia, las personas privadas de libertad no sólo pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7º, incluidos los experimentos médicos o científicos, sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean las que resulten de la privación de la libertad, debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones a las personas libres: **Las personas privadas de libertad gozan de los mismos derechos enunciados en el pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión**.

Esta obligación es de carácter universal y representan tan solo el mínimo que debe garantizarse en todo caso como consecuencia del respeto a la dignidad de las personas, el cumplimiento de esta norma: **No puede depender de los recursos materiales disponibles en el estado Parte** y su aplicación debe responder al principio de la no discriminación, por lo tanto el CDNU incorpora el contenido de las reglas mínimas del artículo 10 del PIDCP, en relación a los locales destinados a los reclusos, la higiene personal, ropas y camas, alimentación, ejercicios físicos y servicios médicos, entre otros aspectos.

3.2 En relación con la separación de categorías de reclusos, derivada de la presunción de inocencia de los no condenados, expresa el CDHNU en los párrafos 2 y 3 del artículo 10: **Las personas detenidas sin condena deberán ser considerados como un grupo especial y gozarán de condicione más favorables que el resto de la población penitenciaria**.

3.3. En relación con el propósito central del sistema penal, consagrado en el artículo 10.3 del PIDCP, manifiesta: **Que el propósito fundamental del sistema penal es la resocialización de la persona**. Más allá del castigo impuesto el sistema penitenciario debe tener como finalidad la **reforma y la readaptación social del preso**. Lo cual implica que el espacio de la reclusión sea conducente al desarrollo de la personalidad, además exige que la actuación del Estado en favor de la persona privada de la libertad se extienda a una etapa posterior a la conclusión de la

privación, lo cual implica medidas pospenitenciarias dirigidas a lograr la reinserción del individuo y para acabar con la discriminación a la que es sometido.

Las personas privadas de la libertad deben gozar de los derechos económicos, sociales y culturales: Es importante resaltar las graves repercusiones económicas que dicha privación acarrea, no sólo sobre el individuo sino sobre la familia de éste.

Como lo expresa: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC, **la pena de reclusión debe limitarse a la privación de la libertad**, el recluso no debe sufrir privaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

A estas personas se les impone la reclusión y por lo tanto no tienen a su alcance los medios para la satisfacción de las necesidades. El Estado debe garantizar el contenido mínimo de estos derechos entre ellos, el derecho a un nivel de vida adecuado en el marco de la privación de la Libertad y los derechos consecutivos y el derecho a la salud. PIDESC, artículos 11 y 12 y DADH, artículo 11.

Dado el reconocimiento de la situación de vulnerabilidad en la que coloca a la persona la privación de libertad y el deber de custodia que **esta situación entraña la carga del Estado es ineludible.**

Las condiciones carcelarias en Colombia revelan situaciones que atentan contra la integridad y la dignidad de las personas y presentan un desconocimiento de todos sus derechos, las condiciones de inhabitabilidad y de insalubridad de los centros carcelarios se alejan de las obligaciones del Estado colombiano de garantizar las condiciones y niveles mínimos esenciales de los derechos de las personas privadas de la libertad, lo que acarrea una doble y triple situación de castigo, en donde un día de prisión, más parece un siglo.

Normatividad Nacional

A. Constitución Política de Colombia

Desde el preámbulo se garantizan a los miembros de la comunidad que la vida, la convivencia, la igualdad y el conocimiento son derechos que todos los pobladores están obligados a respetar como legitimados para reclamar, así pues, el preámbulo reconoce a los reclusos, como miembros de la comunidad, la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.

En el artículo 1º expresa que todas las personas, entre ellas, los reclusos, se les garantice por lo menos el desarrollo de una vida digna.

El artículo 2º impone al Estado un conjunto de obligaciones entre ellas garantizar y proteger los derechos y libertades de los asociados, derechos y libertades mínimos como la vida, la igualdad, la libertad, la intimidad, el buen nombre, el libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, libertad de culto, libertad de expresión, el trabajo, la educación, el debido proceso, la honra, el derecho de *habeas corpus*, el de asociación, de conformar y mantener una familia, el de seguridad social, el de un ambiente sano y de salud, la práctica de actividades deportivas y recreativas, entre muchos otros.

Igualmente y en concordancia con las normas internacionales, el Estado tiene la obligación de garantizar a sus asociados que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes como las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación y a declarar contra sí mismo o de ciertos parientes.

B. Normas nacionales sobre el tema

Se han dictado varias normas con el fin de garantizar los Derechos Humanos y **dar beneficios a las personas en quienes el fin resocializador de la pena se ha cumplido** (Convenio Corporación Excelencia en la Justicia y Ministerio de Justicia y del Derecho, febrero de 1999).

Al parecer se pierde el objetivo de las medidas las cuales deben aplicarse como medidas resocializadoras y no como premio a los ya

resocializados, entonces ¿cuáles son las medidas tendientes a garantizar uno de los fines principales de la pena?

La Ley 32 de 1971 y el Decreto 2119 de 1977 sobre reducción de penas por trabajo y estudio, la Ley 7ª de 1979 prevé protegen a la niñez involucrada en hechos delictivos.

El Decreto 2758 de 1991, expresa la importancia de respetar la dignidad humana y considera indispensable la clasificación de las personas privadas de la libertad, como presupuesto indispensable para su adecuada custodia y/o tratamiento, por lo cual dice que es preciso reconocer al delincuente como ser individual para poder lograr que se cumpla los fines de la pena.

El Decreto 2160 de 1992, encarga al Inpec, de crear programas de resocialización, rehabilitación y reinserción a la sociedad.

La legislación nacional penitenciaria y carcelaria vigente, Ley 65 de 1993 contempla como principios rectores de su actividad la legalidad, la igualdad, el *nullum poena sine lege* y el respeto a la dignidad Humana.

Igualmente, establece que las cárceles son los establecimientos de detención preventiva y las penitenciarias son los sitios de reclusión de condenados, además establece pabellones psiquiátricos para alojar y rehabilitar a quienes sean considerados como inimputables por presentar trastorno mental o inmadurez psicológica.

Parece que el sistema no podría ser mejor, pero la realidad es dramática, pues no proporciona las mínimas condiciones de vida, y situaciones como las protestas y huelgas de hambre son una reacción necesaria para dejar en claro que la situación requiere una solución pronta y efectiva. (Convenio Corporación Excelencia en la Justicia y Ministerio de Justicia y del Derecho, febrero de 1999, página 76).

C. Jurisprudencia de la Corte Constitucional

No sólo en sentencias de constitucionalidad sino en sentencias de tutela, la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, en lo referente a las prisiones, los prisioneros tanto los detenidos preventivamente como los condenados.

Sentencias de constitucionalidad: la C-394 de 1995 y la C-038 de 1994, en las cuales se pronunció sobre los siguientes aspectos:

La igualdad: Se puede deducir que es absolutamente necesario establecer una clasificación dentro del establecimiento según los antecedentes criminales y la situación jurídica del interno, **pues no es lo mismo un condenado que un detenido preventivamente, pues éste se presume inocente.**

Clasificación de las cárceles: Debe estar basada en la seguridad de los internos y en la de la ciudadanía, los establecimientos carcelarios deben tener una clasificación que brinde: **condiciones de seguridad** —incluso para los mismos reclusos—, elemento esencial del orden público, que **constituye un derecho de la sociedad y un deber del Estado.**

La seguridad de la sociedad civil exige un control sobre el vecindario carcelario, donde deben haber condiciones especiales de orden público que justifican **restricciones, sólo limitadas por los derechos fundamentales en su núcleo esencial.**

Trabajo carcelario: La Corte afirma, que son normas que, además, tienen en cuenta las garantías mínimas que la Constitución consagra para el trabajo, naturalmente no en toda la extensión prevista en el artículo 53 superior, por cuanto como es obvio, por la situación especial en que se encuentran los detenidos.

La Corte manifiesta la legitimidad del trabajo obligatorio conforme al Convenio 29 de la O.I.T., en su artículo 2º numeral 1 admite el trabajo forzado en las cárceles como elemento perfeccionador que el hombre ejerce como persona, el cual también comprende la labor intelectual, que es igualmente reedificadora y resocializante.

Derecho a la intimidad: Todos los derechos gozan del derecho a la intimidad establecido en el artículo 15, de la Constitución, pero por las circunstancias de la reclusión, no es absoluto sino que limitado en atención a las exigencias propias del régimen disciplinario y a las condiciones de seguridad que han de mantenerse.

Inviolabilidad de la correspondencia: Artículo 56 del Código Penitenciario y 206 del Decreto 1817 de 1964, establecen que cualquier registro a la correspondencia debe provenir de orden judicial, con lo cual se retiró autorización al personal administrativo para proceder en este sentido.

Reclusiones especiales: Indígenas: Se refiere a individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos cuya cultura, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y la ley, por lo tanto su reclusión en establecimientos carcelarios implicaría una amenaza contra dichos valores que gozan de status constitucional, de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales.

Reclusiones especiales: Ex servidores públicos: Sólo cubre este beneficio a quienes hayan desempeñado los cargos mencionados en el artículo 29 con una antelación razonable, de lo contrario sería un privilegio y una ostensible discriminación en contravía del artículo 13 de la Carta.

Derecho al voto: Si el detenido reúne los requisitos que exige la ley, podrá ejercerlo en su respectivo centro de reclusión.

Aislamiento en celda: Por 60 días, con 2 horas de sol diarias, el aislamiento se hace por necesidad con el fin preventivo, pero este procedimiento nunca debe extremarse, según la Corte si el recluso no puede soportar física o síquicamente la medida, a juicio del médico, ella no se aplicará.

Sentencias de tutela: La Corte se ha pronunciado en: T-153 de 1998, T-005 de 1997, T-714, T-706, T-705, T-654, T-470, T-424, T-303, T-247 de 1996; T-714, T-705, T-680, T-654, T-604, T-588, T-555, T-473, T-424, T-303, T-187, T-129, T-121, T-066, T-065 de 1995; T-502, T-420, T-394, T-324, T-277, T-193, T-066, T-007 de 1994; T-494, T-437, T-388, T-349, T-273, T-222, T-219 de 1993; T-601, T-522, T-424 de 1992, entre otras.

La Corte al ocuparse de los derechos fundamentales de los internos en establecimientos carcelarios, **dijo que ciertos derechos no pueden limitarse como lo son: La vida, la integridad personal, el debido proceso y la salud:** En esta medida, dada la situación de indefensión y de privación de la libertad, en la que se encuentran los reclusos, la administración penitenciaria no sólo debe abstenerse de violar estos derechos a través de acciones positivas sino que está en la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizarlos.

Igualmente manifestó: **Una de las funciones que necesariamente debe asumir el Estado a fin de garantizar el derecho fundamental a la vida y a la integridad personal del recluso, es la de procurar al interno las condiciones mínimas de una existencia digna** (alimentación, habitación, sanidad, salubridad, recreación, educación y trabajo, entre otros), la razón es porque la persona retenida "está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma tales beneficios".

No sobra recalcar que algunos de los derechos, reconocidos a los reclusos, bien conservan en su plenitud o limitados en razón de su especial régimen jurídico, ostentan el carácter de Constitucionales Fundamentales.

Condiciones para restringir un derecho fundamental: Los derechos pueden ser restringidos en razón a "los fines esenciales de la relación penitenciaria, esto es, la resocialización del interno y la conservación del orden, la disciplina y la convivencia dentro de las prisiones, para ello se debe tener en cuenta según la Corte: Debe tratarse

de un Derecho fundamental que, por su naturaleza, admita restricciones en razón de las necesidades propias de la vida carcelaria y que la autoridad penitenciaria que la efectúe, debe estar autorizada, por vía legal o reglamentaria y **sólo puede estar dirigido al cumplimiento y preservación de los fines esenciales de la relación penitenciaria, esto es: La resocialización del recluso y la conservación del orden, la disciplina y la convivencia dentro de los establecimientos carcelarios.**

Condiciones mínimas de existencia en las cárceles: Ha dicho la Corte "el prisionero es una persona que se encuentra a cargo del Estado y este no puede, de manera negligente y fundado en una moral utilitarista, poner a dichas personas a soportar una vida por debajo de las condiciones mínimas de existencia".

Sobre el derecho a la vida y a la salud: En sentencia del 15 de junio de 1994 dijo: "El derecho a la vida no se agota en la mera sobrevivencia de la persona detenida y su integridad física, independientemente de las condiciones en que se desarrolla su convivencia social. Parte del derecho a la vida se concreta en la facultad de reconocer a la persona de conservar la salud y de actuar o no en busca de su recuperación cuando la haya perdido., Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física". Entonces, según lo expresa la alta Corporación, el solo hecho de garantizar la vida implica necesariamente la garantía de la salud y la integridad física.

Sobre alimentación: No se puede imponer a título de pena el racionamiento alimentario, sino que es obligación del Estado darla en buenas condiciones: "A recibir una alimentación que responda, en cantidad y calidad, a prescripciones dietéticas o de higiene que garanticen, al menos, sus necesidades básicas de nutrición. **El racionamiento alimentario, la provisión de comida no apta para el consumo humano, fruto de una conducta voluntaria o negligente, resulta absolutamente reprochable desde la perspectiva de un Estado social y democrático de derecho que no persigue el sufrimiento innecesario del recluso como venganza por el daño causado a la sociedad o como mecanismo de purgar su culpa**".

Sobre el derecho al trabajo y al estudio: Como derechos fundamentales de los internos, son además indispensables para lograr el fin resocializador de la pena y hacen parte integrante del núcleo esencial del derecho a la libertad, pues tienen la virtud de aminorar el tiempo de duración de la pena a través de su rebaja o redención, la administración carcelaria debe procurar, una actividad laboral como fórmula de superación humana y medio para conservar la libertad.

Derecho a la intimidad: Reitera la tesis que ha pronunciado en las sentencias de constitucionalidad: El derecho a la intimidad que junto con la libre locomoción y la inviolabilidad del domicilio, integra las garantías básicas reconocidas por la Constitución a la libertad del individuo, tiene una de sus más importantes expresiones en el secreto de la correspondencia y papeles privados. **Las personas privadas de la libertad no lo han sido de las garantías de inviolabilidad reconocida por la Constitución a su correspondencia y a las demás formas de comunicación privada.**

Al libre desarrollo de la personalidad y con alusión al derecho a la intimidad: La realización personal y el libre desarrollo de la personalidad exigen de parte de los particulares y del Estado, el reconocimiento y el respeto de las conductas que la persona realiza, para vivir de manera sana y equilibrada, física y emocionalmente. La vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente dentro de la que se encuentran lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad.

Derecho a la libertad de expresión: Implica también la protección al derecho a disentir y por ende la libertad de difundir todas aquellas opiniones que no se avengan con la ideología mayoritaria, la Corte dijo en este tema: "Si bien el derecho a la libertad de expresión e información es uno de aquellos derechos fundamentales de los reclusos que, por su

naturaleza, es limitable, la vida penitenciaria y carcelaria no constituye un ámbito inmune a la eficacia del mencionado derecho fundamental. **La democracia y el pluralismo no se terminan en las puertas de la prisión;** por el contrario, el interno debe ser considerado como un interlocutor válido que, pese a su situación de privación de la libertad, necesita estar informado y, puede, a su vez, manifestar sus opiniones y pensamientos y las informaciones que, conforme a éstos considere pertinentes.

Libertad de enseñanza: Es un derecho fundamental que se funda en la coexistencia de la difusión cultural del estado con la que realizan los particulares, siempre que éstos cuenten con títulos de idoneidad y reúnan determinadas condiciones para ello, y que consiste en la facultad para instruir y educar al ser humano, en forma tal, que se coloque al hombre, ya cada cual, en su especialidad, en condiciones de desarrollar lo aprendido e investigar y descubrir algo nuevo por cuenta propia.

Libertad o derecho de reunión: Para la Corte: "No hay ley, ni reglamento con base en la ley, que faculte a la Dirección General de Prisiones, para establecer a su discreción, requisitos con el fin de que un interno pueda formar parte del llamado Comité de Derechos Humanos. Así mismo, no hay autorización legal, para que el director de un establecimiento carcelario, pueda vedar la existencia y funcionamiento de esta clase de comités... **Los directores de los centros carcelarios, no están habilitados para impedir el ejercicio de la libertad de expresión.**"

Derecho a la visita conyugal: Este es un derecho limitado por la coyuntura, propia de las circunstancias que rodean la reclusión, pero es deber del Estado permitir a todo interno tener las condiciones para que se den sin contrapés la visita conyugal, el Estado debe buscar que todos los centros de reclusión del país, así se trate de establecimientos para internos transitorios o condenados, estén en capacidad de permitir las visitas conyugales.

Derechos de los esposos a conformar su familia: "La manera en que la dirección y la dependencia de sanidad de la Cárcel Nacional Femenina, **viene supeditando la autorización de la visita conyugal** a que la interna que la solicite, autorice por escrito la implantación de un dispositivo anticonceptivo o la aplicación periódica de una droga con similares efectos, **viola el derecho de la señora y de su esposo, a decidir libre y responsablemente si tendrán un segundo hijo y cuándo.**"

Derecho a la maternidad de las reclusas: La comprensión adecuada de la maternidad como función social a la que esta comprometido internacionalmente el Estado colombiano, no esta condicionada, ni puede estarlo sin romper unilateralmente los tratados vigentes, a que la madre se encuentre gozando de libertad.

Derecho al sufragio: Los detenidos preventivamente, a pesar de la pérdida de la libertad, no pierden el derecho al sufragio.

Derecho a la igualdad: Las personas detenidas se encuentran en una situación de desventaja relativa para ejercer sus derechos y, por lo tanto, en su caso se aplica lo previsto en la hipótesis planteada en el artículo trece Constitucional, según el cual "el Estado tiene el deber de enderezar esfuerzos y disponer de recursos para proteger a los derechos, que merecen un trato preferencial por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad".

Protección de los derechos de los detenidos: Debe ser ejercida por las autoridades carcelarias "se impone a las autoridades carcelarias el deber de abstenerse de vejar al detenido, las autoridades tienen a la persona privada de libertad bajo su guarda y parte del contenido del derecho en comento está referido al cuidado de la salud del reo y a la debida protección de su integridad física, tanto para garantizar su comparecencia ante las autoridades, **como para conservarlo y restituirlo a la sociedad en condiciones físicas que la dignidad humana reclama.**"

Sentencia de Tutela T-153 de 1998, Estado de cosas inconstitucionales en los centros de reclusión del país: Abril 28 de 1998.

Promovidos por Manuel José Arcila y Jhon Jairo Hernández y otros contra el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Inpec, por que consideran que estas entidades les violan sus derechos fundamentales al no tomar medidas para solucionar la situación de hacinamiento en las que se encuentran los reclusos del centro carcelario donde se encuentran privados de la libertad.

Los hechos que originaron la tutela son: El detenido se encuentra recluido en la cárcel Nacional de Bellavista de Medellín, e interpone la acción con el objeto de que descongestionen la cárcel, **como mecanismo transitorio para evitar el perjuicio irremediable de tener que seguir soportando esta tortura a la cual ha sido sometido desde hace más de año y medio.**

El interno expresó que en el sitio de reclusión hay capacidad para 40 personas, pero que hay más de 170, esto genera que las condiciones de habitación son muy difíciles pero hay otros que no tienen dónde dormir, por lo que se deduce que las condiciones de vida son precarias y generan un clima de inseguridad y peligro para todos.

El director de la cárcel expresó que eran ciertas las afirmaciones del recluso y que ello es consecuencia de **que la política criminal del país sea en realidad una política penitenciaria: a manera de ilustración, señala que las Leyes 40 de 1993, 228 de 1995, 292 de 1996 y 360 de 1997 buscan todas apelar a la reclusión, al incremento de penas y a la restricción de los beneficios de excarcelación como remedio para hacer frente a los desajustes sociales,** concluye el director que la cárcel fue diseñada para albergar 1.500 internos y que al momento de responder el oficio hay 4969.

El Ministerio de Justicia se limitó a decir que, aunque el Inpec, está adscrito al Ministerio, éste no es su superior jerárquico y que el Instituto, es un establecimiento público que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y patrimonio propio, por lo tanto, este asunto no es de su competencia y concluye de manera "magistral": la dirección de la política carcelaria y penitenciaria del país es de competencia exclusiva del Inpec y que por lo tanto, éste es quien debe responder por ella.

El Inpec: A través de la coordinadora de tutelas señaló que el problema de hacinamiento, no solo se presenta en este centro carcelario, sino en la mayoría de los centros de reclusión del orden nacional y señala como causa el incremento de la delincuencia, la demora en la tramitación de los procesos, que eleva el número de internos sindicados, la cantidad de sentencias que aún se hallan sin ejecutar, la falta de presupuesto para implementar nuevas formas de infraestructura y culmina afirmando que las dificultades presupuestales y de planeación, cuya solución no dependen del Inpec, impiden ofrecer respuestas inmediatas al problema carcelario.

El 13 de mayo de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín denegó la tutela, basado en la sentencia T-501 de 1994, por cuanto consideró que la tutela no era el mecanismo adecuado para lograr la realización de obras materiales por parte del Estado, ni para obtener para las instituciones carcelarias una infraestructura adecuada que permita, tanto a los internos como a quienes a cualquier título permanezcan allí, convivir en circunstancias acordes con la dignidad humana.

Señala también el tribunal que el incumplimiento del Estado en su deber de suministrar alimento, vestido, alojamiento digno y asistencia sanitaria al recluso, lo hace responsable y sujeto de la obligación indemnizatoria por el mal funcionamiento del servicio público, continúa el tribunal: el Estado debe garantizar al recluso la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y moral y a la

dignidad humana, sin embargo aclara que la salvaguardia de estos derechos humanos exige la inversión de importantes recursos y la construcción de obras costosas, requisitos estos que no puede cumplir el Estado colombiano, en razón de su pobreza, todo lo cual **convierte en mero enunciado teórico la defensa de los derechos fundamentales de los internos.**

El actor impugna el hecho, aclarando que él no solicitó construcción de obras y que Colombia es un Estado social de derecho y que ellos piden es un orden jurídico donde se les garanticen los derechos y garantías fundamentales. Afirma que **solo basta con acciones humanitarias**, considera que al titular del Ministerio de Justicia le corresponde presentar al Congreso un proyecto de Ley para lograr estos propósitos.

El 16 de junio de 1997, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia confirma la providencia del tribuna aunque reconoce que las cárceles del país se encuentran en mal estado y difícilmente cumplen con la normatividad nacional e internacional, que relata en la sentencia, afirma la Sala: a través de acción de tutela tampoco se puede exigir que se legisle en algún sentido, tal como aspira el demandante, agrega que, las normas que solicita el actor ya existen **pero se tornan en letra muerta en la medida en que no se hagan las apropiaciones presupuestales necesarias a tal fin**, por último anota que la tutela tampoco puede ser utilizada para exigir que se apliquen las normas legales vigentes, pues esa pretensión es del resorte de la acción de cumplimiento.

Proceso T-143950

El día 4 de agosto de 1997, internos de la Cárcel Nacional Modelo integrantes del Comité Permanente de los Derechos Humanos de este centro, instauraron una acción de tutela contra el Inpec, por razones similares a las de los internos de Medellín, porque el Inpec, pretende realizar una remodelación con el fin de ampliar el cupo de la cárcel, lo cual según, los reclusos impide vivir de una manera humana, en una clara conducta atentatoria contra la dignidad humana y que vulnera los derechos a la salud, la privacidad, la igualdad y la intimidad.

El 12 de agosto de 1997, el juzgado 50 admite la demanda y solicita al Inpec, que se manifieste sobre los hechos de la misma, a lo cual el Instituto respondió: "dadas las condiciones de infraestructura del centro Carcelario **resulta imposible darle (a las celdas) el área mínima establecida por los códigos internacionales**, esto por el alto índice de hacinamiento que presenta en la actualidad el centro, ya que no hay que olvidar que ella fue construida para **1.800** internos, existiendo en la actualidad una población fluctuante y constante de **4.500 reos**, suma que **rebas descomunadamente** los diseños que permiten seguir taxativamente las reglas internacionales.

El juzgado encargado, denegó la tutela impetrada, por improcedente, bajo la consideración de que **existían otros medios de defensa para la protección de los derechos invocados.**

El juzgado realizó varias inspecciones y para alargar el recuento transcribimos varias declaraciones de presos: "Algunos manifiestan que no entienden cuál es el tratamiento penitenciario del que hablan los jueces: "aquí lo único que hacen es detenernos y dejarnos metidos por 3 años en esta misma situación, sin posibilidades de trabajar por que no hay espacio. Otros afirman: "¿Usted cree que esta gente se va a resocializar así? Olvídense, por ejemplo uno puede llegar sano, pero uno aquí conoce la delincuencia, aquí la gente le dice a uno, lo que usted hizo, no lo debió haber hecho así, sino de esta otra forma, si uno perfecciona el delito, se vuelve un mejor delincuente y hasta consigue cartón, se puede graduar". Otro interno anota "Cómo va a haber resocialización si la cárcel es para 1.500 internos y sólo en este patio hay 1.300 internos, entonces cuáles son las capacidades de rehabilitación, dónde están los centros educativos, los centros de trabajo, no hay nada que hacer.

El problema jurídico: se trató de establecer si las condiciones de reclusión de los internos de La Modelo y Bellavista, constituyen una

vulneración de los derechos fundamentales de los internos y en caso positivo, si la acción de tutela es procedente para demandar el remedio para las condiciones señaladas.

De las inspecciones judiciales decretadas a los centros carcelarios se llegó a la conclusión de que: **las condiciones de reclusión de las dos cárceles citadas son absolutamente inhumanas, indignas de una persona humana cualquiera que sea su condición personal, las condiciones de albergue son motivo de vergüenza para un Estado que proclama respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados.**

Los derechos de los internos

En su jurisprudencia, la Corte ha expresado de manera que si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos son suspendidos o restringidos desde el momento, **muchos otros derechos se conservan intactos deben ser respetados íntegramente por las autoridades públicas que se encuentran a cargo de los presos.**

Igualmente la Corporación manifestó: "**Que el Estado tiene deberes especiales para con los reclusos**, con miras a que éstos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquéllos que les han sido restringidos. Y estos deberes no implican simplemente que el Estado no debe interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos —como ocurría en el caso de la libertad religiosa—, sino también —y de manera especial— **que el Estado debe ponerse en acción para garantizarle a los internos el pleno goce de otros derechos, tales como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, etc. Esta conclusión se deriva de la misma relación especial de sujeción de los penados frente al Estado, y del hecho de que las condiciones que se imponen a los reclusos les impide que puedan satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades mínimas; cuya atención garantiza la posibilidad de llevar una vida digna.**

Igualmente las normas nacionales reconocen estos derechos, por ejemplo, en el artículo 3° del CPP se hace un reconocimiento de la dignidad humana; en el artículo 408 CPP se habla de los derechos de la persona privada de la libertad, y en el artículo 5 del C Pen. y Car. se plasmó el respecto a la dignidad humana.

Igualmente, los artículos 9 y 10 del Código Penitenciario establecen con claridad que **el fin fundamental de la pena es la resocialización de las personas condenadas** y que el objeto se alcanzará mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación **bajo un espíritu humano y solidario.**

En concordia con ellos, el artículo 142 precisa que **el objeto del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad.**

El Código Penal determina en su artículo 12 que **la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializador**, sin embargo, como bien lo señala el Código Penitenciario la función primordial de ella sí debe ser resocialización.

Por eso, el análisis del sistema penitenciario debe siempre girar en torno de la pregunta sobre si éste cumple con la función resocializadora.

De otro lado, la doctrina de la Corte acerca de los derechos de los internos responde a las **obligaciones internacionales que ha asumido Colombia** a través de la suscripción de tratados internacionales de derechos humanos, tratados que, como ya se sabe, **hacen parte del bloque de constitucionalidad** y, en consecuencia, sirven también de parámetro para examinar la constitucionalidad de las leyes y los actos administrativos.

En efecto, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos —también conocida como el **Pacto de San José, y que fue aprobada por**

el Congreso mediante la Ley 16 de 1972—como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, establecen que los reclusos tienen el derecho a ser tratados en una forma digna, de acuerdo con el valor que les confiere su calidad de personas, y el objeto de la pena es la resocialización.

Así, el inciso 2 del artículo 5 de la Convención Americana establece que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, y el inciso 6 determina que “las personas privadas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

El numeral 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles. Los tratados señalados en el artículo 29 de la Constitución Política. Este principio, como ya se precisó, tiene dos consecuencias: la primera es que la privación de libertad para los sindicados es una medida externa, a la que no se debe recurrir sino en los casos que realmente lo ameriten. De acuerdo con las reglas de Tokio—las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, adoptadas mediante la Resolución 45/110 de la Asamblea General, el 14 de diciembre de 1990— ello significa que “solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”. La segunda consecuencia es que en los casos en los que se determine la detención preventiva no se debe mezclar a los sindicados con los condenados.

Sobre el carácter de la detención preventiva señala el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9: **la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general.**

Es así como el 1^{er} Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en 1955, acordó las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos atendiendo los a parámetros mínimos que deben cumplir las administraciones penitenciarias en los más distintos campos, tales como la diferenciación entre reclusos, las condiciones de los locales destinados a ellos, la alimentación, los servicios médicos, etc. Igualmente, mediante la Resolución 43/173 de 1988, la Asamblea General dictó el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; y con la Resolución 34/169 de 1979 se expidió el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

La existencia notoria de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario:

Con todo, las prescripciones de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y Carcelario, de los tratados y acuerdos internacionales citados y en la misma jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de los reclusos constituyen letra muerta. Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado. Por lo contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción.

Para todos es conocido que la vulneración de los derechos de los reclusos va más allá del hacinamiento y se extiende a distintas áreas—en buena parte debido también a las condiciones de sobrepoblación—, tales como el trabajo, la educación, la alimentación, la salud, la familia, la recreación, etc. En efecto, los puestos de trabajo y de educación son

escasos en relación con la demanda sobre ellos, lo cual significa, nuevamente, que en estas áreas se impone la ley del más fuerte y campea la corrupción y la extorsión. Igualmente, es evidente para todos que los procedimientos para las visitas—con las esperas interminables, la falta de espacio para las visitas conyugales y familiares, etc.— no facilitan la unidad e integración familiar. Así mismo, se conoce de muchos casos de personas enfermas que requieren tratamiento hospitalario, pero no pueden ser trasladados a los centros médicos por carencia de personal de guardia. Hechos similares ocurren con las diligencias judiciales, etc.

Denuncias sobre las condiciones de vida, al respecto se pueden observar los informes de la Defensoría del Pueblo, de la Procuraduría, de los Organismos de Derechos Humanos, del Observador Internacional de Prisiones con sede en Ginebra, etc. Además, los medios de comunicación se encargan periódicamente de recordarle a los colombianos la situación de las cárceles.

Hacinamiento: Así mismo, como se vio en el aparte acerca del hacinamiento desde una perspectiva histórica, el fenómeno de la congestión carcelaria ha sido recurrente, e incluso han existido períodos en los que la sobrepoblación ha alcanzado grados mucho más extremos que el actual. A pesar de ello no se percibe de parte del Estado el diseño de políticas destinadas a evitar situaciones como la actual. Del análisis histórico surge la conclusión de que la actitud del Estado ante estas situaciones es siempre reactiva, es decir, que solamente ha actuado en este campo cuando se encuentra en presencia de circunstancias explosivas, como la actual. En esas circunstancias ha recurrido tanto a la depenalización o la rebaja de penas, como a la construcción apurada de centros de reclusión.

El problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política. A pesar de que desde hace décadas se conoce que la infraestructura carcelaria es inadecuada, que los derechos de los reclusos se vulneran, que los penales no cumplen con su función primordial de resocialización y que los centros carcelarios del país rebosan de sindicados no se observa una actitud diligente de los organismos políticos del Estado con miras a poner remedio a esta situación.

La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian a las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana.

La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presente en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas.

En las Sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general—en tanto que afectan a

multitud de personas—, y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir, que por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, **la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.**

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves diferencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el impacto de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en mero depósito de personas. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucionales. Y de allí se deduce **una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos** en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc.

En resumen la Corte manifestó: “En efecto, tanto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentra en los centros de reclusión; los derechos a la vida y la integridad física son vulnerados o amenazados de manera inminente por el mismo hacinamiento, por la mixtura de todas las categorías de reclusos y por la carencia de los efectivos de guardia requeridos; el derecho a la familia es quebrantado por la sobrepoblación carcelaria y las deficiencias administrativas, condiciones éstas que implican que los visitantes de los reclusos han de soportar prolongadas esperas, bajo las inclemencias del clima, para poder ingresar al centro, y que dificultan en grado extremo las visitas conyugales y familiares; el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios; los derechos al trabajo y a la educación son violados, como quiera que un altísimo porcentaje de los reclusos sólo obtiene oportunidades de trabajo o de educación y que el acceso a estos derechos está condicionado por la extorsión y la corrupción; el derecho a la presunción de inocencia se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicados con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros, etc.”.

Así mismo, la Corte comunicará de la existencia de este estado de cosas inconstitucional a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Supremo de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los Personeros Municipales. Esto con el objeto de que hagan uso de las facultades que les conceden la Constitución y las leyes para corregir el señalado estado de cosas que atenta contra la Carta Política.

En el Estado social de derecho le está permitido al Estado suspenderles a algunos ciudadanos, en condiciones muy especiales, su derecho a la libertad. Pero esto implica, como contrapartida, que el Estado debe garantizarles a los reclusos las condiciones para una vida digna.

Pero al mismo tiempo supone que el Estado adquiere deberes especiales para con los internos, con miras a garantizarles el desarrollo de una vida digna y posibilidades para su desocialización. A pesar de ello, salvo la

época de la construcción de las cárceles de alta seguridad, la asignación de dineros para las prisiones ha sido escasa.

La Corte es consciente de que el problema de las prisiones no se soluciona únicamente con dinero y construcciones. Todo parece indicar que en el país sigue primando una concepción carcelaria del derecho penal. Mientras esta concepción continúe imperando nunca habrá suficiente espacio en la prisiones.

Por eso, la Corte considera importante llamar la atención acerca de que el principio de la presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como las Reglas de Tokio. Igualmente, estima fundamental recordar que en cada proceso penal es importante reflexionar acerca de si la persona condenada requiere para su resocialización el tratamiento penitenciario, o si sus mismas características permiten proceder con otro tipo de sanciones.

El artículo 2 de la Carta establece que las autoridades públicas están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y demás derechos de los ciudadanos. De aquí se deriva la obligación constitucional del Estado de velar por la seguridad de los ciudadanos. Esta obligación es ineludible. Recuérdese que, desde el punto de vista de la filosofía política, ella es una de las razones fundamentales para la creación de las sociedades políticas. Sin embargo, la visión expuesta acerca de la detención preventiva y de la prisión no entraña la denegación del derecho de los ciudadanos a que el Estado vele por su seguridad. De lo que se trata es de evitar los excesos, de que la aplicación de estas dos instituciones penales se reduzca a los casos en los que sea necesaria.

La Corte es consciente de las carencias de personal especializado para las tareas de resocialización en los centros de reclusión. Igualmente, sabe de la necesidad de incrementar el personal de la Guardia Penitenciaria, con el objeto de recobrar el orden y hacer cumplir la ley en los establecimientos carcelarios, condición fundamental para garantizar los derechos de los reclusos y la labor de resocialización a la que están destinados los centros penitenciarios. Por eso ordenará al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Inpec y al Ministerio de Hacienda que tomen las medidas presupuestales necesarias para superar esa situación.

La crisis carcelaria

A. Detención preventiva

Destacamos que en Colombia, en materia de privación de la libertad se ha generalizado la aplicación de la detención preventiva desviándose su aplicación al no observar la finalidad coercitiva de naturaleza estrictamente procesal y convertirla en coerción material. La excepcionalidad de esta medida está claramente consagrada en el PIDCP y en la CADH, en este sentido el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha destacado que **La prisión preventiva debe ser excepcional y lo más breve posible** (Observación General No 8, XVI período de sesiones 1982 y las Reglas de Tokio sobre las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, ONU, Asamblea General Resolución 45, 110 del 14 de diciembre de 1990).

Antes de ser impuesta debe agotarse la posibilidad de aplicar medidas menos graves. La aplicación de la detención preventiva debe ser instrumental para la averiguación de la verdad: en este sentido debe considerarse una medida cautelar para evitar la obstaculización del proceso. **En todo caso debe garantizar el principio de la presunción de inocencia, es decir que se debe evitar que la detención sea utilizada como un castigo anticipado.**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, ha planteado que aunque la detención haya sido legítima en su comienzo, su indebida extensión puede convertirla en arbitraria, el interés del Estado en resolver presuntos casos penales no puede contravenir

la restricción razonable de los derechos fundamentales de la persona, por lo tanto las autoridades deben proceder con diligencia especial en la instrucción del proceso para que el período de la detención no fuera excesivo, **por lo tanto debe ponerse en libertad provisional** a una persona detenida sin condena, bien porque nunca existieron los motivos para decretar la medida, o porque estos dejaron de existir **o porque la duración del proceso judicial no es razonable**. CIDH, informe 12 de 1996, Argentina, caso 11,245, parágrafo 84.

El Estado debe tener especial cuidado en proteger los derechos fundamentales de las personas sometidas a este régimen cautela, el derecho internacional reconoce las restricciones al derecho a la libertad y las restricciones inherentes a la privación, sin embargo establece que el resto de los derechos deben sufrir las más mínimas limitaciones.

Las cárceles: El proceso de humanización del castigo se ha visto especialmente afectado por las deplorables condiciones carcelarias a las cuales están sometidas las personas durante el período de privación de libertad. Aunque la privación de libertad como forma punitiva surgió en respuesta a la barbarie ejercida en el marco del sistema penal, su aplicación continúa siendo disfuncional. Lo cual implica responsabilidades del Estado, por generar estas acciones con las cuales se causa daño a este sector de la población, circunstancia que amerita un resarcimiento por la violación de los derechos humanos en las cárceles

La cárcel, como sabemos, ha sido una invención moderna: Una gran conquista generada por el iluminismo humanitario como alternativa a la pena capital, a los suplicios, a las penas corporales, a la picota y otros horrores del derecho penal premoderno.

Michel Foucault narra en sus libros *Vigilar y Castigar*, la denominada ley del caballo, el paso por la guillotina, para evitarles sufrimientos a los condenados, para concluir con la creación de las cárceles, a decir del autor:

“...En cumplimiento de la sentencia, todo quedó reducido a cenizas. El último trozo en las brasas no acabó de consumirse hasta las diez y media de la noche”.

El famoso artículo 3 del Código Francés de 1791 –“a todo condenado a muerte se le cortará la cabeza”– lleva este triple significado: **una muerte igual para todos** (“Los delitos del mismo género se castigarán con el mismo género de pena, cualesquiera que sean la categoría y el estado del culpable”, decía ya la moción votada, a propuesta de Guillotin, el 1º de diciembre de 1789); una sola muerte por condenado, obtenida de un solo golpe y sin recurrir a esos suplicios “prolongados y por consiguiente crueles”, como la horca denunciada por Le Peletier; el fin, **el castigo para el condenado únicamente**, ya que la decapitación, pena de los nobles, es la menos infamante para la familia del delincuente. La guillotina, utilizada a partir de marzo de 1792, es el mecanismo adecuado a tales principios. **En ella, la muerte queda reducida a un acontecimiento visible, pero instantáneo.**

Entre la ley, o quienes la ejecutan, y el cuerpo del delincuente, el contacto se produce al momento de un relámpago. No existe enfrentamiento físico; al verdugo le basta con ser un relojero escrupuloso. “La experiencia y la razón demuestran que la manera usada en el pasado de cortar la cabeza a un delincuente expone a un suplicio más espantoso que la simple privación de la vida, que es el deseo formal de la ley, para que la ejecución se realice en un solo instante y de un solo golpe; los ejemplos prueban cuán difícil es lograrlo. Es preciso necesariamente, para la exactitud del procedimiento, que dependa igualmente determinar... Es fácil hacer construir una máquina semejante cuyo efecto es infalible; la decapitación se hará en un solo instante, de acuerdo con el deseo de la nueva ley. Dicho aparato, si parece necesario, no producirá sensación alguna y apenas se producirá”. **Casi sin tocar el cuerpo, la guillotina suprime la vida, del mismo modo que la prisión quita la libertad, o una multa descuenta bienes.** Se supone que aplica la ley menos a un

cuerpo real capaz de dolor, que a un sujeto jurídico, poseedor, entre otros derechos, del de existir. La guillotina había de tener la abstracción de la propia ley.

Indudablemente, algo de los suplicios se sobreimpuso en Francia, por un tiempo, a la sobriedad de las ejecuciones. Los parricidas –y los regicidas, que se asimilaban a aquéllos– eran conducidos al patíbulo cubiertos por un velo negro; allí, hasta 1832, se les cortaba la mano. No quedó, entonces, más que el adorno del crespón. Así, para Fieschi, en noviembre de 1836: “Se le conducirá al lugar de la ejecución en camisa, descalzo, y cubierta la cabeza con un velo negro; habrá de ser expuesto sobre un cadalso mientras **un oficial lee al pueblo la sentencia, y será inmediatamente ejecutado**”. Acordémonos de Damiens, y notemos que el último suplemento de la muerte penal ha sido un velo de luto. El condenado no tiene ya que ser visto. La sola lectura de la sentencia sobre el cadalso, enuncia un delito que no debe tener rostro. El último vestigio de los grandes suplicios es su anulación.

Que nuestro país está viviendo hacinamiento y condiciones indignas que han hecho que el índice de criminalidad en las cárceles sea muy alto, semanalmente hay muertos o heridos en cualquiera de ellas.

Nuestra nación no se puede dar el lujo de seguir permitiendo que los presos de nuestras cárceles sigan viviendo en condiciones infrahumanas y negándoseles sus más mínimos derechos.

El Inpec estableció que contribuyen a la crítica situación: “El auge vertical de la detención preventiva, principalmente de la justicia regional, y en fin la expedición de legislaciones represoras del delito como la Ley 228 de 1996, Ley 40 de 1993 y ley anticorrupción, entre otras”; la “congestión judicial”, y la “concentración del hacinamiento en cárceles preventivas sin opción de traslados a cárceles de menor categoría o tamaño, por falta de garantías de seguridad”.

La necesidad del perdón y la esperanza

Cuando se impone un castigo, este se aplica con el objeto de resocializar o corregir a quien ha cometido un delito, pretendiendo que vuelva al seno de su familia y la sociedad, arrepentido del daño causado. Creo que ha llegado el año del arrepentimiento y el reencuentro que nos permita vivir en el país que todos soñamos y anhelamos, para hacer de nuestra patria, una nación digna y grande. En estos momentos de crisis en que se encuentra nuestra nación, es de especial relevancia que aportemos de esta manera al proceso de reconciliación entre todos los colombianos.

Retomando al doctor Héctor Helí Rojas: En los debates de la Comisión Primera: “Nadie podrá hablar de que en las cárceles se respeten los derechos humanos, nadie podrá decir que tenemos un buen sistema carcelario, nadie podrá decir que el Estado esté cumpliendo con la obligación de sancionar a los delincuentes, pero también de resocializarlos y de reintegrarlos a la Sociedad”.

Hoy no estamos perdonando, hoy no vamos a perdonar nada señor Ministro, pero este Congreso vive perdonando, y este país vive perdonando. Pero si no hay privilegios de por medio no perdona, porque la soberbia embarga la vanidad del poder. En este país ha habido canjes, ha habido jubileos con otros nombres. Este Congreso lleva 30 años haciendo jubileos a algo que usted me señaló que día. ¿A qué venimos haciéndoles jubileos? A los impuestos, a la propiedad privada, a las responsabilidades de los potentados. Cada Reforma Tributaria es una mentira porque amplía el IVA, pero impone o señala muchas amnistías, muchos jubileos, muchos perdones tributarios. Y lo vivimos haciendo, y en la política se nos olvida todo lo que hemos hecho. Aquí hubo canje para el hermano del Presidente Gaviria, y bien que haya habido canje y vimos salir a los secuestradores, no a pagar 50 años, sino en un avión hacia Cuba.

Aquí no hemos hecho sino hacer canjes, y amnistías y rebajas, pero como ahorita la rebaja es especialmente para esa inmensa nube de delincuentes contra la propiedad que se pudre en la cárcel, mezclando la comida con el excremento. Y mezclando la desesperanza con el ludibrio

y la impiedad. Nos oponemos porque somos juristas, porque somos de otra ideología, porque somos de otra idea en la vida y a eso tenemos derecho. Este Congreso le ha hecho mucho daño a la justicia.

Es muy grave que este Congreso hacia el futuro, desde ahora vaya diciendo que no va a perdonar, que no va a disminuir penas, que no va a cambiar. O si lo vamos a decir, tengamos pantalones y desde ahora digamos, aquí el que pida perdón no lo tendrá nunca y comiencen a dispararse y hacer caso.

Pero no le vendamos esperanzas o desesperanzas a la sociedad. A mí no me cabe dudas y Dios nos ilumine que el Proceso de Paz culmine bien. **Si el proceso de paz culmina bien señores Senadores, no hay que ser sabio para entender que vamos a tener que indultar, que amnistiar, que liberar, que transigir, pero ante todo perdonar. Si no estamos dispuestos a perdonar hagamos algo más fácil, que es pedir que todos echen plomo y que sepamos cuántos son y cuántos quedan.** Pero para eso no hay que tener ideología. Para eso no hay que ser del partido liberal o de ninguno otro. Para eso no hay que filosofar. Para eso hay que retroceder años, en la historia de la humanidad y volver a que la fuerza sea superior a la razón.

Nicolás Auto en Políticas Penitenciarias de la República Italiana, nos habla de la gran importancia del perdón y la esperanza de volver a su cotidianidad al delincuente: "El deber del Estado es aquel de ofrecer concretamente, sobre todo a través del trabajo, a todo aquel que, haya violado la ley del Estado y se haya así alejado de la sociedad, la posibilidad de retornar en la sociedad".

Consideramos que ninguna pena debe apagar para ningún hombre la esperanza. Consideramos que una pena que acabe con la esperanza de los hombres no es una pena de un Estado Civil. Si a los detenidos se les niega la esperanza, son llevados inevitablemente a retornar a la lógica criminal de la desesperación y de la violencia.

Recordamos la lección de Porto Azzurro y sabemos que sólo la filosofía de la esperanza y de la razón nos ha permitido combatir con eficacia, contra la lógica de la desesperación y la violencia. Luchamos con gran convicción para que las cárceles no sean un lugar y un tiempo separado de la sociedad, porque el espacio y el tiempo de las cárceles y de las penas, sean partes del espacio y del tiempo de toda la sociedad.

Estamos convencidos de que sería muy grave si un Estado civil no infundiese, no se empeñase al máximo en que **los hombres que entran en la cárcel salgan mejor de como entraron. Si los hombres que entran en la cárcel salen peor, es un grave mal para la sociedad, porque continuarán cometiendo delitos y cometerán delitos siempre más grandes, más graves.** No queremos que los ladrones se vuelvan asaltantes y que los asaltantes se vuelvan asesinos. Combatimos contra la reincidencia, combatimos por este alto ideal, sabiendo que la meta, que el objetivo, es muy difícil; y que algunas veces, o muchas veces, podemos no alcanzar los objetivos, los ideales que nos hemos propuesto. Pero sabemos que el sentido profundo del empeño civil de cada hombre, sobre todo de quien representa al Estado, a los valores de la sociedad civil, el sentido profundo del empeño de cada hombre, es combatir algunas veces sin éxito, pero combatir con todas las fuerzas, para alcanzar los objetivos en los cuales cree. Esta es la filosofía que nosotros tratamos de llevar adelante.

En esta filosofía sabemos cuántas dificultades tenemos para la recuperación de los detenidos toxicodependientes y conocemos con gran sufrimiento y con gran angustia el flagelo terrible que la droga representa; porque alimenta las formas de criminalidad más peligrosas, más sanguinarias, que queremos ver destruidas. Creemos que las fuerzas criminales del narcotráfico, que son fuerzas de muerte y de destrucción, podrán ser definitivamente derrotadas sólo cuando con el empeño de todas las policías, cuando todas las magistraturas se integren en el plano político, una gran solidaridad internacional, un gran empeño de todos los

gobiernos, de todos los Estados, unidos en la lucha contra un flagelo; un flagelo de toda la humanidad.

Y sabemos con angustia y sufrimiento, cuánta destrucción produce en nuestros jóvenes y en los jóvenes de todo el mundo este tráfico de muerte. Como en Italia, donde 15.000 de estos jóvenes están llenos de sufrimiento y desesperación, signos visibles de esta obra inmunda de destrucción, advertimos juntos la voluntad fuerte y dura de luchar contra los fabricantes de muerte. Pero advertimos también el deber civil, humano, de recuperar para la libertad, de recuperar para la salud, a estos miles y miles de jóvenes esclavos de esta destrucción que viene siendo demencialmente distribuida y ofrecida en todo el mundo.

Sabemos que esto es difícil; sabemos también que la cárcel debe hacer todo lo posible, cada uno de los operadores de la cárcel debe hacer todo lo posible para la recuperación de todos los detenidos y los detenidos toxicodependientes. Pero debemos decir con voz alta y clara, con fuerza, que la cárcel por sí sola, no obstante el más grande empeño, no está en condiciones de operar completamente la recuperación de estos detenidos. **La recuperación de los detenidos es posible solamente si la sociedad en su conjunto, toda la sociedad, se hace cargo de estos problemas, si la sociedad no se distancia de la cárcel; y la ve y la siente como propia. Si entiende que los problemas de la cárcel son problemas que le pertenecen y que sus problemas pueden ser resueltos si la sociedad toda, los afronta y los resuelve.**

Como lo ha afirmado el doctor Alfonso Gómez Méndez, Fiscal General de la Nación, es preferible para el homicidio una pena máxima de 40 años que la de 60, **por cuanto esta última desestimula y desesperanza al delincuente, al aceptar que nunca saldrá de la prisión,** mientras que la de 40 años lo incentiva para retornar a la sociedad decantado y resuelto a no reincidir en el delito.

Creemos que un proyecto como este, además de permitir el reencuentro y la reconciliación con nuestros hermanos que de una u otra manera han delinquido, permitiría oxigenar las cárceles, garantizando de esa manera, el acceso a unas condiciones dignas a todos los presos toda vez que la situación de las cárceles cada día se agrava más, haciéndose insostenible para el Gobierno Nacional y en especial para las autoridades carcelarias y penitenciarias.

Es importante tener en cuenta que en las cárceles, sus presos se encuentran en inferioridad de condiciones sociológicas, sociales y económicas.

La falta de política criminal

Un régimen punitivo debe estar **respaldado por una política criminal integral y una revisión constante de su funcionalidad,** que concluya en reformas efectivas cuando sea necesario, para lo cual hay que acabar grandes dificultades e imposiciones. En primer lugar y de manera fundamental, hay que pasar de la retórica **a la práctica en cuanto a la humanización del castigo, y la profundización de métodos prácticos, para cumplir con los propósitos resocializadores de la pena.**

Igualmente grave resulta la necesidad de lograr mayor eficiencia y eficacia en la administración de justicia, para:

1. Establecer una relación más directa, entre la consumación del delito y la imposición de la pena.
2. Conseguir la adecuación del castigo al tipo de delito y garantizar su proporcionalidad.
3. Racionalizar el uso de la privación de la libertad como castigo.
4. Crear penas alternativas, intermedias y conjuntas.

Garantías que deben observarse en una debida administración de justicia penal

M. Cherif Bassiouni en Derechos Humanos en el texto de Justicia criminal, retomado por la **Comisión Colombiana de Juristas expresa,**

organismo con carácter consultivo, ante las Naciones Unidas, De acuerdo a un estudio de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y 139 constituciones nacionales de diversos países del mundo, podemos señalar las siguientes garantías y derechos que se deben observar:

1. La vida, a la libertad y a la seguridad de la persona.
2. Al reconocimiento de la personalidad jurídica e igualdad ante la ley.
3. A la protección contra la detención arbitraria.
4. A no ser sometido a torturas o a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
5. A la presunción de inocencia.
6. A un juicio justo o sea a la inadmisibilidad de ciertas pruebas, a un tribunal justo e imparcial, a un procedimiento anteriormente establecido de acuerdo con las leyes, a un juicio rápido, a un juicio público, a ser informado de los cargos y de las causas de la detención, a igualdad de condiciones en el proceso, a la asistencia jurídica, a recibir asistencia del Juzgado en obtener la comparecencia de testigos y hallarse en el proceso.
7. A asistencia jurídica, a través de la elección de un defensor o la asignación de un defensor de oficio (el derecho incluye: a defenderse personalmente, a un intérprete y a la asistencia y a la presencia del defensor en todas las etapas del proceso).
8. a un juicio rápido y en caso de detención preventiva, derecho a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.
9. A apelar.
10. A no ser sometido a juicio por los mismos hechos.
11. a estar protegidos por el principio de la legalidad y de la no retroactividad.

Estas medidas tienen su respaldo en los derechos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP, artículos: 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 24 y 25 y la Convención Americana de Derechos Humanos, CADH, en los artículos 6, 7, 9, 14, 15, 16 y 26.

De otra parte, el considerable aumento de penas en los últimos códigos, sin una real política de resocialización, hace inocua la punición alta y se reduce a demorar en las cárceles a los infractores de la ley penal sin ningún sentido.

A decir del doctor Frid Samir Benavides Vanegas en el documento titulado Bases preliminares para una política criminal: Es ya un lugar común escuchar en las discusiones penales colombianas, afirmación acerca de la inexistencia de políticas criminales en Colombia o, lo que es igual, de la inexistencia de una política en materia criminal. **Así, muchos de los penalistas colombianos afirman que en Colombia no existe una política criminal y por tanto que esa ausencia es la que ha generado la debacle normativa que afecta al país.**

No obstante, no es claro a qué se refieren cuando dicen que no hay política criminal, si por ello se entiende la concepción clásica sobre el tema. Por el contrario, si se hace referencia a la ausencia de una política criminal con unos contenidos derivados de la estricta sujeción a los derechos humanos, parece claro que les cabe razón a los críticos del sistema, **pues el sistema penal colombiano, y todos los sistemas penales, son instrumentos de una gran violencia simbólica y lesivos para diversos derechos de las personas**, por lo que las salidas se dan entre reducir el sistema a unos contenidos mínimos—ya sea para eliminarlo en el futuro o para que esa sea su estructura permanente—o abrir el sistema ante el claro incumplimiento de sus funciones.

Sin embargo, desde otro punto de vista, **podría afirmarse que lo que no existe es una política criminal coherente y que es esa incoherencia la que se constituye en factor de confusión y por ello de impunidad.**

Acogiendo esta tesis, podría decirse que en el derecho penal se presente a aquello que Alasdair McIntyre denunció para el caso de la ética: la existencia de diferentes tradiciones dentro de un mismo discurso, que hace que los operadores jurídicos apliquen una cierta tradición en unos casos y otra en otros, generando inseguridad en la ciudadanía.

La presencia de esas diversas tradiciones conduce a que en los diversos proyectos de construcción de estrategias de la política criminal se conjuguen modelos eficientistas y de fortalecimiento/aumento del sistema penal, con otro de reducción del mismo, con la consecuente incoherencia que ello presenta. **El proyecto de la Fiscalía General de la Nación responde a una confusión de esta naturaleza y supone la generación de mayores problemas dentro del sistema al combinar unos principios propios de un sistema garantista con otros que responden a un eficientismo penal que ve en el sistema penal la respuesta a todos los males que afectan a la sociedad colombiana.** Profundizando un poco más diremos que se trata de un caso de angustia a la contaminación, esto es, del temor a ver que el sistema se vea afectado por cuestiones ajenas al mismo, como podría ser la colonización de lo jurídico por parte de lo político o de lo ético.

El derecho no fue ajeno a la influencia positiva y, por ello, con Von Liszt se establece el derecho penal como el centro de su propuesta de una ciencia penal integrada. En esta visión, la política criminal adquiere el simple carácter de una revisión crítica del derecho vigente y, con base en ello, formula las medidas necesarias para reformarlo. **Dadas estas exigencias, el derecho penal se convierte en la Carta Magna del delincuente**, pues no de otro modo se pueden detener los imperativos de la política criminal, que en término de esta concepción no pasa de ser una política de control de la criminalidad a través del mismo sistema penal.

“En relación con la política criminal, Von Liszt propone dos definiciones, una en sentido estricto:

1. Compendio sistemático de aquellos principios, según los cuales el Estado lleva adelante la lucha contra el delito mediante la pena y los institutos emparentados (establecimientos de educación y mejoramiento, casas de trabajo, etc.).

2. Compendio sistemático de los principios, apoyados en la investigación científica del delito como de los efectos de la pena, conforme a los cuales el Estado, mediante la pena y los institutos emparentados, conduce la lucha contra el delito”.

Durante la mayor parte de este siglo hemos sido dominados por el modelo de Política Criminal derivado de la obra de Von Liszt y su concepción de una ciencia penal integrada, confundiéndose esta idea de política criminal con lo que debe ser el diseño de una serie de estrategias destinadas al control de la violencia —en el sentido de Galtung— y no simplemente al control de la criminalidad. La concepción que intento defender se dirige a dejar de lado la visión penalística del delito —con sus categorías dogmáticas propias de iniciados en una ciencia que desde siempre ha demostrado que sólo produce dolor— y opta por una concepción multiagencial que conduzca a la solución de los problemas sociales y no al simple control del delito.

Un buen ejemplo de cómo los penalistas conciben a la política criminal lo encontramos en la obra de Fernando Velásquez Velásquez, quien opina que ella da a entender la referencia que se hace a la ciencia penal y cuyo cometido no es otra cosa que analizar desde un punto de vista crítico —no necesariamente el derivado de una teoría crítica— la denominada cuestión criminal, de modo que su finalidad sea la de determinar la manera en que se puede configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad; se fija, por ello, en las causas del delito e intenta comprobar la eficacia de las sanciones penales, pondera los límites hasta donde puede el legislador extender el derecho penal para coartar lo menos posible la libertad y las garantías ciudadanas; además discute cómo deben redactarse

los tipos penales de manera correcta, y comprueba si el derecho penal material se halla construido de tal manera que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal. El papel limitado que se le asigna desde esta concepción es bastante claro y preocupante, pues no puede concebirse que un Estado Social de Derecho se ocupe únicamente de la crítica de las leyes existentes o de un mero proceso de unificación de las normas. **La tarea del Estado, y es ese un deber derivado del artículo 2º constitucional, se dirige a la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos, por lo que el desarrollo de esa tarea debe construir alternativas que solucionen los conflictos y creen las condiciones para que todos los habitantes del territorio colombiano alcancen la felicidad. Pensar que sólo la ley, y la ley penal, soluciona los conflictos o que sólo por la vía judicial estos son solucionables implica desconocer que la época actual es una época de la muerte de Dios, lo que para nosotros es la muerte de los instrumentos regulatorios provenientes del Estado.**

Desde esta perspectiva, la afirmación de que no hay política criminal en Colombia es, cuando menos, inexacta. En efecto, si consideramos que el papel de la política criminal es convertirse en una instancia crítica del sistema, desde cualquier punto de vista, es claro que en un país con un **elevado número de miembros de la clase conservadora ejerciendo funciones dentro del derecho penal**, no puede sino concluirse que cuando someten a críticas a los diversos proyectos del Estado hacen política criminal y proponen soluciones de *Lege Ferendo*. Sin embargo, es claro que no es a esto a lo que debemos referirnos cuando hablamos de la política criminal y que ese modelo de política criminal sostenido por los penalistas desde Von Liszt es uno que debe ser abandonado por inútil y equivoco.

Quienes argumentan que **en Colombia no hay política criminal** dirigen sus críticas al hecho de que en nuestro país se **diseñan estrategias destinadas a producir impacto en la opinión publicada por los medios de comunicación y que de esa manera estamos en presencia de una política que no refleja los verdaderos intereses de quienes están afectados por el problema** y, por lo tanto, carece de cualquier tipo de acuerdo que le otorgue legitimidad. **Esta crítica merece ser tenida en cuenta, pues el uso exagerado del derecho penal no cumple función alguna**, salvo la de mostrar que el Estado actúa contra la criminalidad, pese a su evidente ineficiencia. En consecuencia, no es papel del Estado valerse de instrumentos marcadamente ineficaces, pues la protección de los derechos humanos pasa por su efectiva realización en la vida de los ciudadanos”.

La visión positivista del criminal

Es bueno recordar algunos pensamientos del siglo pasado que parecen vivos aún, y que muchos colombianos mantienen sobre aquellas personas que por una u otra razón están detenidas, olvidándose de que quienes están en ellas, son ciudadanos con iguales derechos que ellos y que en algún momento de su vida cometieron errores, los cuales para muchos son merecedores de un castigo eterno.

En el libro *Desde Darwin, reflexiones sobre historia natural*, el doctor Stephen Jay Gould, encontré un artículo, denominado “El criminal como error de la naturaleza, o el mono que todos llevamos dentro”, y tal parece que muchos todavía sostienen las teorías que en él se expresan.

El autor manifestó: “W. S. Gilbert dirigió su poderosa sátira contra toda forma de pretensión tal y como él la veía. En la mayor parte de las cosas continuamos aplaudiéndole: los aristócratas pomposos y los poetas amanerados siguen siendo blancos legítimos. Pero Gilbert era un victoriano acomodado de corazón, y buena parte de lo que él etiquetaba como pretencioso nos parece hoy en día brillante, en particular la educación superior para mujeres.

¡Una escuela superior para mujeres! ¡Locura de locuras!

¿Qué pueden las muchachas aprender entre sus cuatro paredes digno de conocerse?

En Princess Ida, la profesora de Humanidades de Castle Adamant invoca una justificación biológica para su proposición de que el “hombre es la única equivocación de la Naturaleza”. Cuenta la historia de un simio que amaba a una mujer bellísima. Para ganarse su afecto, intentó vestirse y actuar como un caballero, pero necesariamente en vano, ya que *el hombre darwiniano, aun con buenos modales sólo es, en el mejor de los casos, un mono afeitado.*

Gilbert produjo Princess Ida en 1884, ocho años después de que un médico italiano, Cesare Lombroso iniciara uno de los movimientos sociales más poderosos de su época con la afirmación, esencialmente similar, realizada con toda seriedad ante un grupo de hombres, de que los criminales natos son esencialmente simios que viven entre nosotros. Ya más enterado en años, **Lombroso rememoraba** el momento de la revelación.

En 1870 llevaba yo realizadas desde hacía varios meses investigaciones en las prisiones y manicomios de Pavía sobre cadáveres y personas para determinar la existencia de diferencias sustanciales entre los dementes y los criminales, sin demasiado éxito. Súbitamente, una sombría mañana de diciembre, descubrí en el cráneo de un delincuente una gran serie de anomalías atávicas... El problema de la naturaleza y el origen de los criminales quedó para mí resuelto; los caracteres de los hombres primitivos y de los animales inferiores debían estar reproducidos en nuestros tiempos.

Las teorías biológicas sobre la criminalidad no eran precisamente algo novedoso, pero Lombroso otorgó a la cuestión un sesgo novedoso, evolutivo. **Los criminales natos no son personas simplemente alteradas o enfermas; son literalmente, saltos hacia atrás, hacia una fase evolutiva anterior.** Los caracteres hereditarios de nuestros antecesores simioscos y primitivos permanecen en nuestro repertorio genético. Algunos hombres desafortunadamente nacen con un número desacomodadamente grande de estos caracteres ancestrales. Su comportamiento podría haber resultado apropiado en el salvaje del pasado: hoy en día, lo consideramos criminal. Podemos compadecernos del criminal nato, **ya que no puede evitar serlo; pero no podemos tolerar sus actividades.** (Lombroso creía que el 40% de los criminales pertenecían a esta categoría de lo biológicamente innato -a los criminales de nacimiento. Otros cometían felonías por causa de la ambición, los celos, la ira exacerbada y así sucesivamente -los criminales ocasionales).

Unanota contemporánea: el tipo de antropología criminal de Lombroso está muerto y enterrado, **pero su postulado básico sigue vivo en la idea de genes o cromosomas de la criminalidad.** Estas encarnaciones modernas tienen aproximadamente el mismo valor que la versión original de Lombroso. Su capacidad de llamar nuestra atención ilustra tan sólo el desafortunado atractivo del determinismo biológico en nuestro continuo intento de exonerar a una sociedad, en la que tantos de nosotros florecemos, a base de culpar a la víctima.

El año 1976 marcó el centenario del documento fundacional de Lombroso -posteriormente ampliado en el famoso *L'uomo delinquente*. Lombroso comienza narrando una serie de anécdotas para afirmar que el **comportamiento habitual de los animales inferiores es criminal con arreglo a nuestros patrones.** Los animales asesinan para apaciguar revueltas; eliminan a sus rivales sexuales; matan guiados por la ira (una hormiga, impacientada por un áfido recalcitrante, lo mató y lo devoró); forman asociaciones criminales (tres castores comunales compartían el territorio con un individuo solitario; el trío visitó al solitario y fue bien tratado; cuando éste devolvió la visita, fue asesinado por su solicitud). Lombroso llega incluso a calificar la captura de moscas por parte de las plantas carnívoras de “equivalente a un crimen” (aunque no alcanzó a ver en qué se diferencia de cualquier otra forma de comer).

En la siguiente sección, Lombroso examina la anatomía de los criminales y encuentra los signos físicos (estigmas) de su status

primitivo, como salto atrás hacia nuestro pasado evolutivo. Dado que ya ha definido como criminal el comportamiento normal de los animales, las acciones de estos primitivos vivientes deben seguir su propia naturaleza. Los rasgos simiescos de los criminales natos incluyen unos brazos relativamente largos, pies prensiles con pulgares móviles, una frente baja y estrecha, grandes orejas, cráneo grueso, mandíbula grande y prognata, abundancia de pelo en el pecho del varón, y una baja sensibilidad al dolor. Pero los saltos atrás no se detienen al nivel de los primates. Unos grandes caninos y un paladar plano traen a la mente un pasado aun más distante entre los mamíferos. ¡Lombroso llega incluso a comparar el incremento en la asimetría facial de los criminales natos con la condición normal de los pleuronectiformes (peces planos con los dos ojos al mismo lado de la cabeza)!

Pero los estigmas no son solamente físicos. **El comportamiento social del criminal nato le alía también con los simios y los salvajes humanos vivientes. Lombroso puso especial énfasis en los tatuajes, una práctica común tanto entre las tribus primitivas como entre los criminales europeos.** Produjo voluminosas estadísticas acerca del contenido de los tatuajes de los criminales y consideró que éste era obscuro, sin ley o exculpatorio (aunque uno de ellos rezaba, como tuvo que admitir, *Vive la France et les pommes de terre frites*—“viva Francia y las patatas fritas”). **En el argot criminal encontró un lenguaje, por derecho propio, acentuadamente similar al lenguaje de las tribus salvajes en rasgos tales como las onomatopeyas y la personalización de los objetos inanimados:** “Hablan de modo diferente porque no sienten igual; hablan como salvajes, porque son verdaderos salvajes en el seno de nuestra esplendorosa civilización europea”.

La teoría de Lombroso no era un trabajo científico abstracto. Fundó y encabezó de modo activo una escuela internacional de “antropología criminal” que fue la cabeza de lanza de uno de los más influyentes movimientos sociales de finales del siglo diecinueve. La escuela “nueva” o “positiva” de Lombroso hacía vigorosas compañías en favor de una modificación de los mecanismos de imposición de la ley de las prácticas penales. **Consideraba sus criterios mejorados para el reconocimiento de los criminales natos como contribución fundamental a la imposición de la ley. Lombroso llegó incluso a sugerir una criminología preventiva** -la sociedad no tenía por qué esperar (y sufrir) la comisión del acto delictivo en sí, ya que los estigmas físicos y sociales definen al criminal en potencia. Puede ser identificado y apartado de la sociedad a la primera manifestación de su naturaleza irrevocable (Lombroso, que era un liberal, prefería el exilio antes que la muerte). **Enrico Ferri, el colega más próximo a Lombroso, recomendaba que “los tatuajes, la antropometría, la fisonomía... la actividad refleja, las reacciones vasomotrices (los criminales, según él, no se sonrojan), y el horizonte de visión” fueran utilizados como criterios de juicio también por los magistrados.**

Los antropólogos criminalistas también hacían campaña en favor de una reforma básica en las prácticas penales. **Una ética cristiana ya obsoleta mantenía que los criminales debían ser sentenciados por sus acciones, pero la biología declaraba que debían ser juzgados por su naturaleza.** Adecuar el castigo al criminal, no al crimen cometido. **Los criminales ocasionales, carentes de estigmas y capaces de reformarse, debían ser encarcelados el tiempo necesario para garantizar su arrepentimiento.** Pero los criminales natos están condenados de antemano por su naturaleza: “La ética teórica pasa por alto el cerebro enfermo, como aceite sobre mármol, sin penetrar en él”. Lombroso recomendaba la detención irrevocable y de por vida (en un entorno agradable, pero aislado) para todo reincidente estigmatizado. Algunos de sus colegas eran menos generosos.

Un influyente jurista le escribió a Lombroso: Nos ha mostrado usted líbricos y feroces orangutanes de rostro humano. Es obvio que como

tales no pueden actuar de otro modo. **Si violan y matan es por virtud de su propia naturaleza y de su pasado, pero esto constituye aún mayor razón para destruirles, una vez demostrado que siempre seguirán siendo orangutanes.**

Y el propio Lombroso no descartaba la “solución final”:

El hecho de que existan seres como los criminales natos, dotados originalmente para el mal, reproducciones atávicas, no ya de hombres salvajes tan sólo, sino incluso de los animales más feroces, lejos de hacernos sentir mayor compasión hacia ellos, como ha venido manteniéndose, nos endurece frente a toda misericordia.

Debemos mencionar otro impacto social de la teoría de Lombroso y su escuela. **Si los salvajes humanos, como los criminales natos, conservaban rasgos simiescos, entonces las tribus primitivas—“razas inferiores carentes de ley”—podrían ser consideradas esencialmente criminales.** Así, la antropología criminal suministró un poderoso argumento en favor del racismo y el imperialismo en el momento culminante de la expansión colonial europea. Lombroso, dando cuenta de la reducción de la sensibilidad al dolor entre los criminales, escribió:

Su insensibilidad física recuerda mucho la de los pueblos salvajes capaces de soportar, en los ritos de la pubertad, torturas que un hombre blanco jamás sería capaz de tolerar. **Todos los viajeros conocen la indiferencia de los negros y los salvajes americanos al dolor:** los primeros se cortan las manos y se ríen para poder huir del trabajo; los segundos, atados al poste del tormento, cantan alegremente las alabanzas de su tribu mientras son quemados a fuego lento. (No puede derrotarse a priori a un racista. Piensen en la cantidad de héroes occidentales que murieron valientemente en medio de dolores insoportables -**Santa Juana quemada, San Sebastián atravesado por flechas, otros mártires descuartizados. Pero cuando un indio se niega a gritar y suplicar misericordia, tan sólo puede significar que no siente el dolor.**)

Si Lombroso y sus colegas hubieran sido un fanático grupo de proto-Nazis, podríamos dejar de lado el problema como una manipulación de unos demagogos conscientes de lo que estaban haciendo. No transmitiría entonces otro mensaje que una petición de vigilancia en contra de los ideólogos que hacen mal uso de la ciencia. **Pero los líderes de la antropología criminalista eran socialistas “iluminados” y socialdemócratas** que consideraban su teoría como cabeza de lanza de una sociedad racional y científica basada en las realidades humanas. **La determinación genética de la actividad criminal, argumentaba Lombroso, es tan sólo la ley de la naturaleza y de la evolución:**

Estamos gobernados por leyes no manifiestas que jamás dejan de operar y que gobiernan la sociedad con mayor autoridad que las leyes escritas en nuestros libros de estatutos. El crimen parece ser un fenómeno natural... como el nacimiento o la muerte.

Vista retrospectivamente, la “realidad” científica de Lombroso resultó ser la imposición de sus prejuicios sociales sobre un estudio supuestamente objetivo, antes incluso de haber sido éste emprendido. **Sus ideas condenaron a multitud de inocentes a un enjuiciamiento a priori que a menudo funcionaba como una profecía autorrealizadora.** Su intento de comprender el comportamiento humano a base de cartografía unas potencialidades innatas retratadas en nuestra anatomía tan sólo sirvió como arma en contra de la reforma social depositando toda la culpa sobre la herencia de un criminal.

Por supuesto, nadie toma en serio hoy en día las afirmaciones de Lombroso. Sus estadísticas eran defectuosas hasta lo increíble; tan sólo una fe ciega en la inevitabilidad de las conclusiones pudo llevarle a tanta manipulación y ocultamiento. **Además, nadie consideraría hoy en día un signo de inferioridad el tener brazos largos o una mandíbula prominente; los deterministas modernos buscan una señal más definitiva en los genes y los cromosomas.**

En los 100 años transcurridos entre L'uomo delinquente y nuestra celebración del bicentenario han pasado muchas cosas. **Ningún abogado serio de la criminalidad innata recomienda la detención o el asesinato de los desafortunados afligidos**, ni siquiera afirma que una inclinación natural al comportamiento criminal pueda llevar necesariamente a actos criminales. Aún así, el espíritu de Lombroso sigue estando con nosotros. Cuando Richard Speck asesinó a ocho enfermeras en Chicago, la defensa argumentó que no pudo evitarlo porque tenía un cromosoma Y supernumerario. (Las hembras normales tienen dos cromosomas X, los machos normales un cromosoma X y otro Y. Un pequeño porcentaje de machos tiene un cromosoma Y de más, XYY). Esta revelación inspiró toda una epidemia de especulaciones; artículos acerca del **"cromosoma criminal"** inundaron nuestras revistas populares. El planteamiento, ingenuamente determinista tenía pocas cosas a su favor aparte de lo siguiente: los machos tienden a ser más agresivos que las hembras; esta característica podría ser genética. Caso de serlo, debe residir en el cromosoma Y; todo aquel que posea dos cromosomas Y tiene una dosis doble de agresividad y podría verse inclinado hacia la violencia y la criminalidad. Pero la información recogida a toda prisa acerca de los machos XYY en las cárceles parece ser desesperantemente ambigua, e incluso el propio Speck resultó ser después de todo un varón XY. Una vez más, el determinismo biológico da la nota, crea una oleada de discusiones y cacareos de cocktail y seguidamente se disipa por falta de coronación. ¿Por qué nos intrigan tanto las hipótesis acerca de las disposiciones innatas? ¿Por qué queremos trasladar la responsabilidad de nuestra violencia y nuestro sexismo a los genes?. Las señas de identidad de la humanidad no son sólo nuestra capacidad mental sino también nuestra flexibilidad mental. Hemos construido nuestro mundo y podemos también cambiarlo".

Prejuicios y realidades

Mucho de Lombroso, queda en nuestra sociedad, es más a partir de sus postulados han generado más prejuicios que en ningún momento han permitido a la sociedad acercarse a la realidad social y mucho menos a uno de sus hijos menos afortunados la cárcel, en este sentido la Defensoría del Pueblo, redactó un pequeño documento que lamentablemente no ha tenido más difusión y que considero permitente, retomar en lo relativo con los detenidos.

1. Prejuicio: Las personas privadas de la libertad, no tienen derechos. A ellas se les suprimen todas sus garantías una vez se les encarcela.

Realidad: Las personas privadas de la libertad poseen iguales derechos que las que no están, por cuanto como seres humanos conservan íntegra su dignidad.

La particular situación de sometimiento a que están abocadas las personas recluidas en un establecimiento carcelario, no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. Por ello, para el recluso no hay derechos suprimidos; cuenta sí con derechos severamente restringidos como el de la libertad, y otros simplemente limitados, limitaciones que deberán estar expresamente definidas como tales en la ley o en alguna decisión judicial; pero goza también de derechos de manera plena como el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la libertad de conciencia y de cultos, a la libre asociación, al de petición, etc.

2. Prejuicio: La reducción de la prisión preventiva y las alternativas a la pena privativa de la libertad para los delitos menores amenazan con desproteger a la sociedad de la delincuencia. Nuestras calles se inundarán de delincuentes y la inseguridad aumentará.

Realidad: Nuestro sistema social, debe buscar que la detención preventiva no sea la regla general, sino por el contrario la excepción, dando paso a medidas alternativas a la prisión, con lo cual se pueden obtener mejores resultados especiales frente a la resocialización.

La pena privativa de la libertad no responde ni a la finalidad ni a las exigencias que la sensibilidad del jurista de hoy pide a la pena criminal,

cualquiera que sea su naturaleza, porque ella ni intimida a la generalidad de los delincuentes—precisamente los más peligrosos se han acostumbrado a sufrirla—, ni tampoco corrige el abuso que desde su configuración como pena, se ha hecho de ella.

La sobrepoblación en las cárceles conduce, en el mediano o largo plazo a una mayor inseguridad pública, pues nuestros sitios de reclusión tal como están hoy, conforman un gran aparato reproductor de delincuencia.

3. Prejuicio: Muchos internos permanecen en mejores condiciones en la cárcel que estando en libertad.

El Estado no está obligado a brindarle comodidad a los internos; por lo tanto, ellos no pueden reclamar un trato adecuado.

Realidad: Cuando el Estado, a través de las autoridades competentes, priva de la libertad a alguna persona, asume la responsabilidad plena y directa de garantizarle su bienestar, y queda obligado a satisfacer sus necesidades básicas, no sólo en cuestión de alimentación, sino también de salud, espacio físico, seguridad personal, educación y trabajo.

Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado: "Del derecho pleno a la vida, a la integridad física y a la salud se derivan importantes consecuencias jurídicas para la administración penitenciaria, que pueden ser descritas como deberes. Entre ellos se encuentran, el deber de trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene y lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno, entre otros".

4. Prejuicio: Para mantener la disciplina y el orden del establecimiento carcelario, al interno se le pueden aplicar toda clase de castigos para su corrección, sin que ello signifique violación de derechos. Sus derechos se pueden restringir sin límite alguno.

Realidad: Nadie puede ser sancionado por asumir determinado comportamiento, si con anterioridad a éste no existe una norma que lo describa con precisión y le señale una sanción.

"Es necesario, (...) eliminar la perniciosa justificación del maltrato carcelario que consiste en aceptar como válida la violación del derecho cuando se trata de personas que han hecho un mal a la sociedad. El castigo de los delincuentes es un castigo reglado, previsto por el derecho limitado a unos procedimientos y prácticas específicas, por fuera de las cuales el proceso debe ser tratado bajo los parámetros normativos generales. La efectividad del derecho no termina en las murallas de las cárceles. El delincuente, al ingresar a la prisión, no está en un territorio sin ley".

"La potestad disciplinaria (...) debe enmarcarse dentro de los límites impuestos por los derechos de los presos. Desde este punto de vista la aplicación de la sanción del calabozo, tan común en nuestro medio, debe ser restringida a los casos extremos, debe estar reducida al mínimo tiempo necesario para el cumplimiento del fin perseguido y, además debe realizarse en condiciones que no vulneren el principio de dignidad humana y que no constituya trato cruel o degradante.

5. Prejuicio: La promoción, divulgación e instrucción en el ejercicio de los derechos humanos constituyen una amenaza para la seguridad de los centros carcelarios y para mantener el principio de autoridad.

El orden y la disciplina son más importantes que la libertad y el respeto a los Derechos Humanos.

Realidad: La vigencia del Estado de Derecho en los centros de reclusión y, como obvia consecuencia de ello, el respeto por los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, son la mejor garantía de convivencia pacífica en su interior. Por ello, las medidas necesarias para mantener la seguridad y el orden de las cárceles no pueden servir de pretexto para justificar la violación de los Derechos Humanos de los internos; la aplicación de aquellas, no puede excluir el respeto por éstos, por muy poderosas que sean las razones que se aduzcan.

Los Derechos Humanos en materia penitenciaria no son sólo ideas cuya observancia depende del criterio de las autoridades, sino que consisten en preceptos y principios específicamente expresados en diversas normas del orden nacional e internacional.

6. Prejuicio: El principal problema para dignificar la permanencia de los internos en las cárceles es de orden económico.

Aumentando la asignación presupuestal de los centros carcelarios se podrían resolver las necesidades más apremiantes.

Realidad: Los problemas más graves en el sistema penitenciario no sólo se deben a limitaciones económicas, sino al abandono estatal y social, a los desaciertos, a la corrupción y a la falta de capacitación y de creatividad por parte de las autoridades del ramo.

7. Prejuicio: El aumento en el tiempo de la pena de prisión, la creación de nuevos delitos y contravenciones y la imposición de la privación de la libertad para reprimirlos, y la forma como opera la justicia penal, no inciden negativamente en el sistema penitenciario.

El hacinamiento es sólo un problema de política penitenciaria, nada tiene que ver con la política criminal y con las decisiones de los funcionarios judiciales.

Realidad: La sobrepoblación de los centros carcelarios, uno de los problemas más recurrentes que perjudica tanto a internos como a guardianes y personal administrativo, y que siempre se vincula con la escasez de recursos económicos, no obedece a la falta de espacios ante un incremento desbordado de la criminalidad, sino al excesivo uso de la cárcel —como medida de aseguramiento o como sanción penal—, y a la ausencia de una política criminal, pues lo que hasta hoy existe es un mero ejercicio punitivo, conyuntural y episódico, que se limita a la creación de nuevos hechos punibles y al aumento de la pena privativa de la libertad.

Lo anterior no significa desconocer la importancia de los recursos económicos para mejorar y mantener las instalaciones y proporcionar la atención debida a los internos.

8. Prejuicio: Quienes han causado tanto daño, no tienen derecho a exigir un trato humano. En la cárcel no sólo se debe privar de la libertad, sino hacer sentir con todo rigor el castigo para lograr la readaptación. Los sentenciados deben ser castigados en la prisión, ¡quién los manda a delinquir!

Los derechos humanos son sólo para los ciudadanos ejemplares.

Realidad: El Estado no puede dar un trato cruel, inhumano o degradante o, en su caso, priva de la vida a quien ha atentado contra la vida, la integridad, las propiedades u otros valores socialmente reconocidos. El Estado no es un vengador público, sino un impartidor de justicia; la dignidad humana hace que, por encima de cualquier otra consideración, cada interno sea tratado como acreedor de todos los derechos de que gozan las demás personas; los derechos humanos en la prisión no son prerrogativa de los que se portan bien, sino exigencias de derechos y obligaciones mínimas en las relaciones de autoridades e internos y de los internos entre sí para hacer posible esa forzada convivencia en los centros carcelarios.

“...La Constitución de manera explícita hace referencia a esta idea en su artículo 12 cuando establece que “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. De acuerdo a esto, toda pena, independiente del delito del cual provenga, debe respetar unas reglas mínimas relativas al tratamiento de reclusos, que se encuentran ligadas de manera esencial al concepto de dignidad humana y al principio según el cual la pena no tiene por objeto el infligir sufrimiento corporal”.

“...El sufrimiento de los presos es una consecuencia inevitable, no un fin en sí mismo. El sufrimiento es inseparable de la pena, pero la pena no se reduce al sufrimiento, ni lo tiene como objetivo. En consecuencia,

toda aflicción excesiva y que no corresponda al fin de la pena, debe ser considerada ilegítima y ajena, y debe ser tenida en cuenta bajo la perspectiva constitucional, con el objeto de castigar posibles violaciones de los derechos fundamentales”.

9. Prejuicio: Las personas reclusas en un centro carcelario no pueden ejercer el derecho al sufragio, y si acaso pudieran ejercerlo será necesario que exista un número mínimo de ellas para que la Registraduría disponga lo pertinente.

Realidad: “Los detenidos privados de la libertad—aún no condenados—, pueden ejercer el derecho al sufragio siempre y cuando reúnan las condiciones exigidas por la ley para tal efecto”.

“El límite de cincuenta votantes potenciales impuesto por la Resolución 003 del Registrador Nacional del Estado Civil impedía sufragar a todos aquellos detenidos que aún no gozaban plenamente de su derecho de ciudadanía y que permanecían en cárceles localizadas en pequeñas cabeceras municipales. Con ello se introdujo un tratamiento desigual en relación con los demás presos del país confinados en cárceles ubicadas en poblaciones mayores”.

10. Prejuicio: Para que los reclusos puedan ejercer el Derecho de Petición, sus solicitudes deben ser por escrito e invocando el artículo 23 de la Constitución Nacional.

Por tratarse de una persona privada de la libertad, queda al arbitrio del funcionario público darle respuesta o no.

Realidad: La petición puede ser verbal o escrita con el fin de requerir la intervención de un servidor público en un asunto concreto. En ella no es necesario hacer referencia al artículo 23 de la Constitución. Además las autoridades tienen los siguientes términos para dar respuesta a las peticiones:

- Quince (15) días para contestar quejas, reclamos y manifestaciones.
- Diez (10) días para contestar peticiones de información.
- Treinta (30) días para contestar consultas.

Los anteriores plazos son los máximos, pues todo servidor público tiene el deber de actuar frente a las peticiones con celeridad y eficacia.

El retardo injustificado en la atención de las peticiones es motivo de sanción disciplinaria, pues incurren en causal de mala conducta los servidores que sin razones válidas incumplen los términos para resolver o contestar una petición.

11. Prejuicio: Los miembros de la Fuerza Pública (militares y agentes de policía), sobre quienes recaiga medida de aseguramiento de privación de la libertad, pueden ser reclusos en centros carcelarios comunes.

Realidad: La circunstancia de que esta clase de internos pertenezca o haya pertenecido a la Fuerza Pública, necesaria o indiscutiblemente los coloca en una situación especial que obliga al Estado, a cuya custodia se encuentran, a brindarles protección y seguridad igualmente en sitios especiales; así lo ordena la ley.

Igualmente la **Defensoría para la política criminal y penitenciaria**, ha manifestado en relación con las cárceles:

La Defensoría de Pueblo ha venido sosteniendo que en nuestro país no existe una verdadera política criminal, sino únicamente una política punitiva o una política penas.

En este sentido, la Defensoría del Pueblo ha señalado, en intervenciones realizadas en el Congreso de la República y en el Consejo Superior de Política Criminal, la necesidad de diseñar una política criminal con carácter permanente y sustentada en el respeto a la dignidad humana, en la vigencia de los derechos y libertades fundamentales y en los principios que debe mantener y desarrollar el derecho penal dentro de un Estado Social de Derecho.

La Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria ha centrado su mayor esfuerzo en la situación de los derechos humanos de las personas en los centros de reclusión. Los problemas que se presentan en el sistema penitenciario son de vieja data y sin embargo, hasta la fecha, las autoridades no han adoptado las medidas tendientes a resolverlos.

La política penitenciaria carece, como la política criminal, de un desarrollo coherente y sólido; su legislación aparece desmembrada del régimen penal vigente y gravemente excluida de la administración de justicia.

Aún las personas privadas de la libertad no cuentan con un sistema que garantice la preparación adecuada para su futura reinserción a la sociedad y un mecanismo que asegure la vigencia al interior de los sitios de reclusión de los derechos y libertades fundamentales.

Así, los centros carcelarios se reducen a grandes depósitos de personas y a la privación de la libertad.

1. El trato humano: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que “toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con respeto debido a la dignidad del ser humano”, una disposición en el mismo sentido aparece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en normas nacionales vigentes. No obstante, en este informe la Delegada desarrolla tres situaciones que ha detectado durante las visitas a los centros de reclusión, violatorias de la dignidad humana y de los derechos y libertades fundamentales de los internos: el hacinamiento, el aislamiento y las requisas realizadas a los internos y a los visitantes.

1.1 Hacinamiento: El hacinamiento carcelario está considerado por la doctrina internacional como una de las situaciones de trato inhumano contra las personas privadas de la libertad.

En nuestro país la situación de hacinamiento es dramática. Los mayores índices de superpoblación carcelaria se presenta en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín “Bellavista”, con capacidad para 1.500 personas y albergó 4.935 internos, en la Cárcel del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá “La Modelo”, con una capacidad para 1.920 personas y acogió a 4.228 internos; en la Penitenciaría Central de Colombia “La Picota” en la capital del país, con una capacidad para 700 personas, vivían 1.297 reclusos; en la Cárcel del Distrito Judicial de Cali “Villahermosa”, con solo 900 cupos y estaban reclusos 2.541 personas, y en la Cárcel Judicial de Valledupar que con una capacidad para 150 cupos, permanecía una población de 595 reclusos.

1.1.1 Causas del hacinamiento carcelario: La Defensoría del Pueblo a través de las visitas realizadas a diferentes centros carcelarios del país con el fin de conocer las condiciones en que se encuentran las personas allí reclusas, ha establecido como causas del hacinamiento las siguientes:

– La Infraestructura Carcelaria: La mayoría de los establecimientos carcelarios fueron construidos hace muchos años y de ahí el deterioro que presentan sus instalaciones, las redes hidrosanitarias y los sistemas eléctricos. En esas condiciones, los centros de reclusión pierden su capacidad de albergue y se inutilizan e inhabilitan un número apreciable de celdas y áreas para talleres, aulas, sección de sanidad, etc.

– Los efectos de la Ley 228 de 1995 (Estatuto de Seguridad Ciudadana): La expedición de la Ley 228 de 1995, conocida como Estatuto de Seguridad Ciudadana, que establece penas privativas de la libertad para infracciones menores, contribuyó para que en 1996 se agudizará el hacinamiento ya existente.

De acuerdo con las estadísticas del Inpec, remitidas a esta Delegada, la población carcelaria que ingresó por la comisión de algunos de los delitos contemplados en la Ley 228 fue de 3.833 internos, en el período comprendido entre enero y agosto de 1996. En términos globales, en 1996 la población reclusa aumentó en 9.372 reclusos; mientras que en 1994 y 1995 el incremento había sido de 1.000 internos anuales.

Además de las consecuencias negativas del hacinamiento para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas privadas de la libertad, la anterior situación está produciendo la infracción de la norma que establece la separación entre personas condenadas y sindicadas. Esto es así, porque para el primer trimestre de 1997 de 18.829 sindicados, 1.146 permanecían reclusos en 7 penitenciarías del país.

El artículo 40 de la Ley 228 de 1995, señala que el “Gobierno ampliará las cárceles existentes y establecerá las nuevas que se requieran para efectos del cumplimiento de la presente ley” y lo autoriza para efectuar “los traslados presupuestales y las operaciones financieras que sean necesarias o convenientes para darle cabal y oportuno cumplimiento” a lo dispuesto en este artículo y en la ley. Sin embargo, hasta la fecha no se han adoptado ninguna de las medidas antes señaladas.

La privación de la libertad como principio general

Contrario a lo que establecen las normas internacionales sobre derechos humanos, acerca del carácter excepcional de la privación de la libertad, en nuestro país se presenta un abuso en la adopción de la medida de detención preventiva, y una mínima o nula aplicación de los subrogados penales: la condena de ejecución condicional y la libertad condicional.

Los obstáculos descritos en la aplicación de los subrogados penales se debe, en algunos casos, a la ley penal que prohíbe su aplicación para determinados delitos; en otros casos, la poca aplicación de los subrogados obedece a la formación profesional de sus aplicadores, a la concepción que ellos tengan sobre la función de la privación de la libertad, a los conceptos obsoletos que todavía manejan sobre la peligrosidad penal y la reincidencia y a los criterios que adoptan sobre la determinación de la personalidad del recluso para fallar sobre la concesión de un determinado subrogado.

Este desconocimiento de principio según el cual la limitación del derecho a la libertad individual es una excepción, va acompañado del desconocimiento al derecho a un juicio sin demoras injustificadas y a las demás garantías judiciales en materia penal.

Reducción del número de cárceles del circuito

El Inpec bajo el criterio de racionalizar su presupuesto y distribuir en mejor forma el personal de guardia y administrativo, ha venido reduciendo el número de cárceles que se encontraban bajo su control, y por ello ha entregado a los municipios 10 de estos centros. Esto significa, que el sistema penitenciario nacional cuenta con menos cárceles para un número creciente de reclusos.

1.1.2 Las soluciones planteadas

Frente a las causas descritas, no se vislumbran soluciones a corto plazo. Las alternativas propuestas por el gobierno (construcción de nuevas cárceles) son medidas a mediano y largo plazo. En julio de 1995 se aprobó el Documento Conpes, en el que se decide la construcción de los complejos carcelarios metropolitanos, y durante 1996 y lo que va corrido en el primer trimestre de 1997 no se ha iniciado la construcción de dicho complejo en los predios de la Penitenciaría Nacional “La Picota”.

El Inpec viene manejando desde febrero de 1995 la situación de hacinamiento con traslados, plan definido en el Documento Conpes penitenciario, en algunos casos, sin previo aviso a la autoridad judicial, amparándose en el Estado de Emergencia Carcelaria y Penitenciaria.

Al Congreso de la República se han presentado, durante 1996 y el primer trimestre de 1997, varios proyectos de ley que tenían como objetivo resolver el problema del hacinamiento carcelario, sin embargo, estas propuestas no tuvieron ningún trámite legislativo, salvo el de la radicación de la ponencia. Estas propuestas consistían en:

- La descriminalización de las infracciones menores.
- La aplicación de penas alternativas distintas a la privativa de la libertad.
- La mayor utilización de la libertad condicional.

Acción defensorial

Las acciones de la Defensoría del Pueblo relacionadas con la situación de los internos por causas del hacinamiento carcelario, han consistido en:

- Exponer la situación ante el Ministerio de Justicia y del Derecho, los Presidentes de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura y el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- Requerir a las autoridades competentes (el Ministerio de Justicia y del derecho, el Director General del Inpec y a los Directores de los centros de Reclusión), para que adopten las soluciones correspondientes a fin de superar el hacinamiento carcelario.
- Denunciar públicamente, mediante comunicados de prensa, la violación a los derechos humanos ocasionados por el hacinamiento.

1.2 Aislamiento

La medida de aislamiento, se aplica con mayor frecuencia, de acuerdo con la información suministrada por las autoridades carcelarias y penitenciarias, y la verificación realizada por la Defensoría del Pueblo, como sanción a los internos que han cometido cierto tipo de faltas disciplinarias en los establecimientos de reclusión y como medida de protección a los reclusos que han sido amenazados en su vida e integridad física y que por lo tanto no pueden permanecer en ningún pabellón del centro carcelario.

En las dos situaciones anteriores, se cumple en condiciones infrahumanas, porque los sitios donde se efectúan se encuentran hacinados, son insalubres y faltos de higiene, carecen de una ventilación e iluminación adecuada y las celdas presentan graves problemas por la humedad en la que se mantienen. Los reclusos permanecen en estas condiciones durante casi todo el tiempo que dura la medida sin que, incluso, disfruten de las dos horas diarias de sol que señala el Código Penitenciario y Carcelario.

La medida de aislamiento que busca garantizar la vida y la integridad física de un recluso, se aplica como si fuera una sanción. El trato por parte de las autoridades en uno y otro caso es semejante, porque al interno que se aísla para salvaguardar su integridad personal, no se le permite realizar ninguna actividad laboral, educativa o recreativa y, en algunas ocasiones, hasta se le impide la visita familiar, tal como si el aislamiento constituyera una sanción.

La manera de aplicar el aislamiento penitenciario –en caso de estar condenado– limita, injustamente el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.

La acción defensorial en relación con el aislamiento carcelario ha consistido en la denuncia pública a través de los medios televisivos.

1.3 Requisas

Las requisas realizadas en algunos establecimientos de reclusión constituyen, por la manera como se practican, desconocimiento de la dignidad humana.

Si bien es cierto, que las autoridades carcelarias y penitenciarias pueden legítimamente realizar requisas en las situaciones señaladas en la ley, para garantizar el orden y la disciplina del centro carcelario y para evitar que se introduzcan a esos establecimientos o se mantengan en ellos objetos o sustancias prohibidos, también lo es, que las requisas a los internos y a los visitantes deben realizarse de tal forma que respete la dignidad del ser humano, su intimidad y deben efectuarse en condiciones de absoluta privacidad.

Proposición final: Con fundamento en las consideraciones y justificaciones arriba expuestas, me permito proponer: Dése segundo debate al Proyecto de ley número 36 de 1999 Senado, “por la cual se celebra el Gran Jubileo del año 2000, se concede una rebaja de penas y se dictan otras disposiciones”, con el siguiente pliego de modificaciones que pongo a su consideración:

La cual es la misma que se aprobó en la Comisión Primera:

“Por el cual se celebra el Gran Jubileo y el advenimiento del Tercer Milenio de esta era, se concede una rebaja de penas y se dictan otras disposiciones”

El Congreso de la República.

Decreta:

Artículo 1º. Concédase una rebaja de una sexta parte de la pena privativa de la libertad impuesta o que llegare a imponerse, por delitos cometidos antes del 30 de junio de 1999, sin excepción alguna.

Artículo 2º. La rebaja concedida se otorgará sin perjuicio de los otros beneficios previstos en el Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Penitenciario y Carcelario y demás normas complementarias.

La concesión de la rebaja no exime al beneficiado de la obligación de cumplir la totalidad de las penas accesorias impuestas y de indemnizar los perjuicios ocasionados.

La concesión de la rebaja no afectará los términos de prescripción de acción penal ni de la pena.

Artículo 3º. La rebaja de pena, motivo de la presente ley, será concedida de plano por el juez del conocimiento, de oficio o a solicitud de parte, en el momento de dictar sentencia o por el Juez de Ejecución de Penas cuando se den las circunstancias establecidas para gozar del beneficio.

Artículo 4º. Los beneficios concedidos en esta ley no cobijarán a quienes hubieren delinuido durante su detención o ejecución de la pena.

Artículo 5º. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

Atentamente:

Jesús Enrique Piñacué Achicué,
Senador de la República.

CONTENIDO

Gaceta número 408 - Jueves 4 de noviembre de 1999

SENADO DE LA REPUBLICA

PONENCIAS

Págs.

Ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 62 de 1999 Senado, por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, y se dictan otras disposiciones en materia prestacional.....	1
---	---

TEXTOS DEFINITIVOS

Texto definitivo al Proyecto de ley número 09 de 1999 Senado, 120 de 1998 Cámara, aprobado en sesión plenaria del día 2 de noviembre de 1999, por medio de la cual se autoriza la emisión de la estampilla Pro-Hospitales Universitarios.....	11
---	----

TEXTOS APROBADOS EN COMISION

Texto al Proyecto de ley número 36 de 1999 Senado, aprobado por la Comisión Primera del honorable Senado de la República, por la cual se celebra el Gran Jubileo y el Advenimiento del Tercer Milenio de esta era, se concede una rebaja de pena y se dictan otras disposiciones ..	12
Ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 36 de 1999 Senado, por la cual se celebra el Gran Jubileo y el advenimiento del Tercer Milenio de esta era, se concede una rebaja de pena y se dictan otras disposiciones	12