



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XVI - Nº 364

Bogotá, D. C., martes 31 de julio de 2007

EDICION DE 8 PAGINAS

DIRECTORES:

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

ANGELINO LIZCANO RIVERA
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NUMERO 40 DE 2007 SENADO

por medio de la cual se adoptan medidas en desarrollo del artículo 13 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para prevenir, erradicar y sancionar toda forma de discriminación.

Bogotá, D. C., 29 de julio de 2007

Senadora

NANCY PATRICIA GUTIERREZ

Presidenta

Honorable Senado de la República

Ciudad

En nuestra condición de miembros del Congreso y en uso del derecho que consagra el artículo 154 de la Constitución Política, nos permitimos poner a consideración del Honorable Congreso el presente proyecto de ley, en el que se establecen medidas para eliminar y prevenir la discriminación.

PROYECTO DE LEY NUMERO 40 DE 2007- SENADO

por medio de la cual se adoptan medidas en desarrollo del artículo 13 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para prevenir, erradicar y sancionar toda forma de discriminación.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

CAPITULO I

Principios generales

Artículo 1°. *Finalidad.* La presente ley tiene por finalidad el desarrollo del artículo 13 de la Constitución Política. El objeto de la misma es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato.

Artículo 2°. *Principios.* Las normas que establece la presente ley se regirán, además de los principios consagrados en la Constitución Política, por la dignidad humana, la igualdad, el pluralismo, la convivencia pacífica, el respeto por la diversidad, la aceptación de las diferencias, la solidaridad y equidad.

Artículo 3°. *Reglas de interpretación y aplicación.* Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, harán parte integral de esta ley, y servirán de guía para su interpretación y aplicación.

Artículo 4°. *Favorabilidad.* Cuando se presente duda sobre la interpretación o aplicación de una norma contenida en la presente ley, prevalecerá la norma más favorable para la protección de la víctima de discriminación.

CAPITULO II

Definiciones

Artículo 5°. *Definición de discriminación.* Para los efectos de la presente ley, se entenderá por conducta discriminatoria toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se realice por motivos de sexo, raza, origen nacional, familiar o social, lengua, religión, opinión política y filosófica, incluida la afiliación a un partido o movimiento político, posición económica, edad, orientación sexual, identidad de género, estado civil, estado de salud, discapacidad, aspecto físico o cualquier otra condición social, que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

Artículo 6°. *Trato diferente legítimo.* La igualdad no excluye el trato diferente establecido en norma legal o actuación del Estado, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad frente al fin buscado.

CAPITULO III

Actos discriminatorios

Artículo 7°. *Actos discriminatorios expresamente prohibidos.* Sin perjuicio de la definición contenida en el artículo 5°, serán considerados actos discriminatorios expresamente prohibidos los siguientes:

1. En el ámbito laboral público y privado:

a) Restringir la oferta de trabajo y empleo o impedir o limitar el acceso, el ascenso o la permanencia en un puesto de trabajo o a las garantías, así como la libre elección de empleo con base en alguno de los motivos enunciados en el artículo 5°;

b) Establecer diferencias en la remuneración, viáticos, comisiones, capacitaciones laborales, prestaciones sociales y en las condiciones laborales para trabajos iguales o de igual valor, duración y eficacia sobre la base de alguno de los motivos enunciados en el artículo 5°;

c) Establecer restricciones o privilegios sobre la base de la afiliación o pertenencia a un partido o movimiento político para el nombramiento o contratación, ascenso o remoción en la función pública, respecto de cualquier cargo no electivo presupuestado en la administración pública nacional, departamental, municipal, y descentralizados, con excepción de los cargos de confianza;

d) Exigir la presentación o realización del test de embarazo como requisito de admisión o permanencia en cualquier empleo en el sector privado o público, salvo que sea razonable sostener que, debido a la naturaleza del trabajo, se ponga en riesgo la vida o la salud física y mental de la madre o del hijo en estado de gestación, de acuerdo a lo prescrito por la legislación laboral vigente;

e) Exigir la presentación o realización del test de VIH como requisito de admisión o permanencia en cualquier empleo en el sector privado o público;

f) Negar o impedir el acceso a estudio o a un puesto de trabajo a una persona en razón de su condición de madre o padre.

Parágrafo. Los procesos de ingreso a la fuerza pública serán de conocimiento general en todas sus etapas, las calificaciones obtenidas serán públicas así como los criterios de escogencia.

No podrán ser utilizados como criterios de ingreso, alguno de los motivos enunciados en el artículo 5°.

2. En el ámbito educativo:

a) Impedir el acceso a la educación pública o privada, a becas y a cualquier otro beneficio o incentivo para la permanencia en el sistema educativo, con fundamento en alguno de los motivos enunciados en el artículo 5°;

b) Exigir a los educandos la presentación de documentos o declaraciones que certifiquen su filiación o el estado civil de sus progenitores, en las instituciones de enseñanza de todos los niveles, sean públicas o privadas, o resolver la no admisión o expulsión de los educandos sobre la base de la filiación o el estado civil de sus progenitores;

c) Negar el ingreso, expulsar o aplicar sanciones disciplinarias o presiones de cualquier otra índole a cualquier estudiante de una institución de enseñanza de cualquier nivel, sea pública o privada, por causa de su embarazo, apariencia física, creencias políticas o filosóficas, orientación sexual o identidad de género;

d) Establecer contenidos, métodos o materiales pedagógicos en los que se enseñen, promuevan o propicien actitudes discriminatorias o se asignen roles de subordinación o de superioridad a determinados grupos;

e) Negar o impedir el derecho a la educación indígena y en lengua materna, a las personas pertenecientes a los pueblos indígenas, afrodescendientes o raizales.

f) Obligar a los miembros de la comunidad educativa a asistir a ritos o clases de religión en preescolar, básica, media o educación superior.

3. En el ámbito de la seguridad social:

a) Negar o condicionar los servicios de atención médica a una persona sobre la base de alguno de los motivos enunciados en el artículo 5°, o impedir o limitar su participación en las decisiones sobre su tratamiento médico o terapéutico dentro de sus posibilidades;

b) Impedir el acceso a la seguridad social integral y a sus beneficios o establecer limitaciones o restricciones para la contratación de seguros médicos, cuando tales restricciones se basen en el estado de salud actual o futuro, en una discapacidad o cualquier otra característica física; así como basado en cualquiera de los motivos explicados en el artículo 5°;

c) Negar o limitar información, servicios e insumos sobre derechos reproductivos o impedir el libre ejercicio de la determinación del número y espaciamiento de los hijos e hijas;

d) Obligar a una persona a someterse a tratamiento médico y/o psicológico con el fin de alterar o modificar su orientación sexual;

e) No afiliarse a la seguridad social integral a las personas en situación de prostitución o exigirles exámenes para la afiliación;

f) Impedir o limitar la prestación de los servicios de salud a recicladores, a personas abandonadas, a habitantes de la calle o a personas que de cualquier manera se hallen en situación de vulnerabilidad o marginación;

g) No proveer por parte del sistema de seguridad social en salud los intérpretes, guías o guías intérpretes para las personas con discapacidad que lo requieran al momento de acceder a cualquier servicio de salud;

h) No asumir por parte de la seguridad social en salud la rehabilitación y habilitación funcional de la persona con discapacidad y de sus familias;

i) No asumir por parte de la seguridad social procesos y procedimientos de control y seguimiento que le permitan a la persona con discapacidad y su familia un adecuado desarrollo;

j) No cubrir por parte de la seguridad social en salud la prevención, atención integral y tratamiento de todo tipo de discapacidad o enfermedad mental, así como también de tratamiento contra el alcoholismo o la drogadicción.

4. Otras formas de discriminación en ámbitos y servicios públicos:

a) Negar u obstruir el ingreso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público, así como limitar el acceso y libre desplazamiento en los espacios públicos, cuando dicha restricción se funde en alguno de los motivos enunciados en el artículo 5°;

b) Omitir o dificultar el cumplimiento o la adopción de las medidas establecidas en la ley o por disposición de la autoridad competente para eliminar los obstáculos que mantienen o propician las discriminaciones;

c) Omitir o dificultar la adopción de las medidas especiales de carácter temporal o las cuotas que, con el fin de acelerar la igualdad de hecho de grupos o personas tradicionalmente discriminados, se establezcan en la ley;

d) Negar atención en cualquier servicio público al ciudadano o ciudadana que requiera de un medio de comunicación alternativo en virtud de una discapacidad auditiva visual;

Esta enumeración de circunstancias es meramente enunciativa. En caso de que el hecho discriminatorio no sea de los que están expresamente previstos en este artículo, se aplicará la definición del artículo 5°.

CAPITULO IV

Medidas judiciales de protección

Artículo 8°. *La acción de tutela*. Cualquier persona que sienta que ha sido víctima de una acción que sea considerada discriminatoria, puede recurrir a la acción de tutela como mecanismo para garantizar el derecho fundamental a la igualdad, en los términos establecidos en la Constitución Política y demás normas legales.

Artículo 9°. *La acción popular*. Cualquier persona podrá recurrir a la acción popular para proteger el interés colectivo de la no discriminación y evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre este interés colectivo, o hacer restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Artículo 10. *Medidas policivas de protección*. Las medidas de protección de las personas previstas en los códigos y normas de policía aplicarán especialmente para garantizar los derechos de las personas pertenecientes a los grupos amparados en la presente ley.

Parágrafo. Cuando el propietario o administrador de un establecimiento abierto al público ordene, auspicie o tolere la negativa de ingreso a una persona en razón a su raza, discapacidad, aspecto físico u otra condición social, el establecimiento público será sancionado con cierre temporal por treinta (30) días, impuesta por el alcalde de la jurisdicción.

La reiteración de la conducta descrita en el párrafo anterior será sancionada con cierre definitivo del establecimiento.

Artículo 11. *Inversión de la carga de la prueba*. En todo proceso judicial, tutela o incidente de desacato en el que se discuta una presunta discriminación, salvo materia penal y disciplinaria, se invertirá la carga de la prueba, de suerte que le corresponderá al demandado o accionado probar que él no ha incurrido en discriminación.

CAPITULO V

De las conductas punibles

Artículo 12. El Capítulo I del Título XII del Código Penal, se adiciona con los siguientes artículos:

Artículo 348-A-. *Instigación a la discriminación*. El que instigue a la discriminación, al odio o a la violencia contra una persona o un grupo por motivos de sexo, raza, origen nacional, familiar o social, lengua, religión, opinión política y filosófica, incluida la afiliación a un partido o movimiento político, posición económica, edad, identidad de género, estado civil, estado de salud, discapacidad, aspecto físico o cualquier otra condición social, incurrirá en pena de treinta y seis (36) a sesenta (60) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 348 -B-. *Denegación de servicio*. El servidor público que deniegue a una persona la prestación de un servicio al que tenga derecho, por motivos de sexo, raza, origen nacional, familiar o social, lengua, religión, opinión política y filosófica, incluida la afiliación a un partido o movimiento político, posición económica, edad, identidad de género, estado civil, estado de salud, discapacidad, aspecto físico o cualquier otra condición social incurrirá en pena de treinta y seis (36) a sesenta (60) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CAPITULO VI

Sanciones y reparación

Artículo 13. *Reparación integral*. Toda persona o colectivo víctima de una conducta discriminatoria tiene derecho a una reparación integral.

Son acciones reparativas: la petición de perdón, la restitución, indemnización de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados, las medidas pedagógicas de satisfacción y rehabilitación y la garantía de no repetición, a través de una o más prestaciones a cargo del responsable de la conducta, realizada a favor de la víctima, cuando a ello hubiere lugar.

Artículo 14. *Petición de perdón.* La petición de perdón se realizará en las mismas circunstancias en que se realizó la ofensa.

Artículo 15. *Restitución.* La restitución implica al infractor realizar las acciones necesarias para mantener el estado de cosas conforme se encontraba antes de la comisión de la conducta discriminatoria.

Artículo 16. *Garantía de no repetición.* La autoridad competente podrá ordenar al infractor la firma de una fianza en la que se estipule que este no incurrirá en la conducta discriminatoria.

El valor de la fianza no será mayor a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

El incumplimiento de la fianza dará mérito a su ejecución.

Artículo 17. *Indemnización de perjuicios.* Si una conducta discriminatoria genera perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales, la víctima tendrá derecho a ser indemnizada integralmente.

Los perjuicios morales se tasarán en un máximo de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada demandante. El juez de tutela impondrá la condena en abstracto. La sentencia de tutela constituirá prueba de la realización de la conducta.

De acuerdo con la calidad del sujeto demandado, será competente para conocer de la tasación de la responsabilidad patrimonial, la jurisdicción ordinaria, especialidad civil, o la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El Estado iniciará las acciones de repetición, cuando fuere del caso.

Parágrafo. Sin perjuicio de las sanciones señaladas en el presente artículo, la ley podrá establecer pérdida de subsidios y beneficios tributarios para las empresas condenadas por actos discriminatorios.

Artículo 18. *Medidas pedagógicas de satisfacción y rehabilitación.* Las conductas discriminatorias de que trata esta ley se sujetarán a las sanciones aquí consagradas.

El objetivo de la sanción pedagógica es educar en el respeto del derecho a la igualdad y promover un cambio de comportamiento cultural que propicie la convivencia respetuosa y pacífica entre las personas.

El juez de tutela o el juez de la acción popular será la autoridad competente para imponer la sanción, cuando haya de resolver casos de discriminación. Las sanciones penales o disciplinarias serán de competencia de las autoridades establecidas para el efecto.

Cuando se tratare de una persona jurídica, de derecho público o privado, la sanción se le impondrá al directamente responsable y, en subsidio, no pudiendo ser este individualizado, al representante legal.

Las sanciones pedagógicas a imponer según la gravedad de la falta son las siguientes:

1. Presentar excusas públicas, con el compromiso de no volver a incurrir en la conducta.

2. Asistir a un curso de ocho (8) horas sobre el derecho a la igualdad, la importancia de la diversidad en la sociedad, la tolerancia y el respeto de los derechos humanos. El curso será dictado en cada personería municipal. La Defensoría del Pueblo remitirá a cada Personería un manual único sobre este curso y prestará asistencia técnica sobre el mismo. Se podrán coordinar labores y cronogramas para facilitar que sean delegados de la propia Defensoría del Pueblo los que dicten el curso.

3. Prestar servicio social local en actividades relacionadas con la lucha contra la discriminación, con una duración entre ocho (8) y sesenta y cuatro (64) horas, preferentemente con el grupo víctima de la conducta. Las Alcaldías, con el apoyo técnico de la Defensoría del Pueblo, serán las responsables de organizar este servicio social.

El juez impondrá en todo caso las sanciones pedagógicas consistentes en presentar excusas públicas y asistir a un curso sobre el derecho a la igualdad, sin perjuicio de la aplicación de las otras sanciones a que haya lugar, atendiendo a la gravedad de la conducta.

En los casos de reincidencia, las sanciones previstas en este artículo se podrán acumular y se impondrán por el doble del término, por la primera vez, o por el triple, a partir de la segunda vez.

En caso de renuencia a presentar excusas públicas, realizar el curso sobre derecho a la igualdad o prestar el servicio social, la sanción se convertirá en arresto de conformidad con los procedimientos establecidos en la normatividad policiva vigente. En todo caso, persistirá el deber de presentar excusas y las demás sanciones que se hayan impuesto por incurrir en la conducta discriminatoria.

Artículo 19. *Responsabilidad disciplinaria.* Para efectos de determinar la gravedad o levedad de una falta disciplinaria de un servidor público o parti-

cular que cumpla funciones públicas se atenderá también al hecho de recaer en la falta en una de las conductas previstas en esta ley.

Sin perjuicio de las sanciones previstas en la Ley 734 de 2000 –Código Unico Disciplinario– si la falta disciplinaria conlleva una discriminación, el sujeto disciplinable deberá presentar excusas públicas y, si la gravedad de la conducta lo amerita, tendrá que realizar curso en el tema de igualdad o trabajo con la comunidad afectada.

CAPITULO VII

De la Defensoría del Pueblo

Artículo 20. *Funciones de la Defensoría del Pueblo.* Además de las atribuciones señaladas en la Constitución y en la Ley 24 de 1992, el Defensor del Pueblo tendrá las siguientes funciones:

1. Diseñar e implementar planes, programas, acciones y proyectos encaminados a la prevención y la eliminación de conductas discriminatorias.

2. Diseñar y proponer la adopción de acciones afirmativas para las personas y grupos que sean víctimas de conductas discriminatorias.

3. Recepcionar denuncias sobre conductas discriminatorias, y ponerlas en conocimiento de las autoridades respectivas cuando estas constituyan conducta punible.

4. Velar por el cumplimiento de la presente ley.

Artículo 21. *Vigencia.* La presente ley rige a partir del momento de su promulgación.

Atentamente,

Armando Benedetti Villaneda, Gina Parody D'Echeona,

Senadores de la República.

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. Antecedentes y justificación

La Constitución Política se edifica desde el Preámbulo sobre la igualdad y la justicia, así lo expresa este texto en estos términos:

“...con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y **asegurar a sus integrantes** la vida, la convivencia, el trabajo, **la justicia, la igualdad**, el conocimiento, la libertad y la paz, **dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo...**”.

La fórmula Estado Social de Derecho, sobre la que se configura nuestro país, responde a la determinación histórica de una unidad política que no solo enuncia derechos, sino que se compromete a realizar acciones dirigidas a que esa manifestación de garantías se haga realidad.

Así es que en lo relativo a la búsqueda de ese orden justo e igualitario, se impone a los agentes estatales verdaderos deberes, como lo dice el artículo 13 Superior, en los siguientes términos:

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

Como es sabido, distintos grupos, poblaciones de nuestro país han sido objeto de históricas discriminaciones o marginaciones por parte del Establecimiento, así que se requieren medidas eficaces que aminoren e inclusive eliminen la existencia de tales comportamientos activos u omitivos anómalos.

El citado artículo 13 constitucional consagra la prohibición a la discriminación, al garantizar el derecho a la igualdad ante la ley, de todas las personas desde el momento mismo de su nacimiento, reconociendo que son diferentes por muchas razones y que esas diferencias no pueden ser tenidas en cuenta para establecer limitantes o negaciones de los derechos.

La anterior afirmación se encuentra en la textura del canon 13 Superior, en los siguientes términos:

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

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

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

De la misma forma el artículo 5º reconoce sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona, el artículo 7º reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, el artículo 20 garantiza el derecho de

toda persona a expresar y difundir su pensamiento, el artículo 43 establece que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, el artículo 53 establece la igualdad de oportunidades para los trabajadores.

Estas disposiciones constitucionales, entran en concordancia con los instrumentos internacionales que establecen normas sobre no discriminación que han sido ratificados por Colombia entre ellos:

- a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- c) Convención sobre los Derechos del Niño;
- d) Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- e) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- f) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer;
- g) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belem Do Pará”;
- h) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad;
- i) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial;
- j) Convenio número 100 de la OIT Sobre Igualdad de Remuneración;
- k) Convenio número 111 de la OIT Sobre la Discriminación (empleo y la ocupación);
- l) Convenio N° 159 de la OIT Sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas);
- m) Convenio número 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

La consagración del derecho a la no discriminación en normas constitucionales, en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y en normas legales, implica además del principio de la igual aplicación de la ley sin tener consideración por las diferencias que existan entre los sujetos, establece adicionalmente la protección de las diferencias que se dan en la sociedad.

Al respecto la Corte Constitucional en uno de los primeros pronunciamientos sobre el derecho a la no discriminación señaló:

“La igualdad, en sus múltiples manifestaciones –igualdad ante la ley, igualdad de trato, igualdad de oportunidades–, es un derecho fundamental de cuyo respeto depende la dignidad y la realización de la persona humana. Las normas que otorgan beneficios, imponen cargas u ocasionan perjuicios a personas o grupos de personas de manera diversificada e infundada contrarían el sentido de la justicia y del respeto que toda persona merece. La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable”¹.

“...El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende –consciente o inconscientemente– anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. El acto de discriminación no sólo se concreta en el trato desigual e injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones. También se manifiesta en la aplicación de la misma por las autoridades administrativas cuando, pese a la irrazonabilidad de la diferenciación, se escudan bajo el manto de la legalidad para consumir la violación del derecho a la igualdad”.

El reconocimiento de las desigualdades sociales y personales de los sujetos que hacen parte de la sociedad, conlleva por parte del Estado la obligación de establecer una política tendiente a prevenir y combatir las conductas discriminatorias.

Al hacer una revisión de la normatividad colombiana, se denota la carencia de una legislación que busque la eliminación de conductas discriminatorias y sancione aquellas conductas que afectan a poblaciones especialmente discriminadas dada su vulnerabilidad y condiciones propias.

Sin embargo, la Defensoría del Pueblo adelantó durante los años 2004 al 2006 un trabajo con las poblaciones tradicionalmente discriminadas, del cual acogimos varias recomendaciones en especial en el tema de medidas de protección y sanciones pedagógicas.

Se hace necesario entonces, establecer una normatividad que desarrolle el derecho constitucional a la igualdad desde la perspectiva de la no discriminación, la definición de una conducta discriminatoria, un catálogo enunciativo de conductas discriminatorias, el establecimiento de sanciones penales para conductas como la instigación a la discriminación y la denegación de un servicio público cuando se constituya una conducta discriminatoria, en los términos establecidos en la ley, unas medidas de protección para la persona víctima de discriminación entre otros aspectos.

Por lo anteriormente expuesto, los autores de la presente iniciativa consideramos que se hace necesario contar con un instrumento legal que avance hacia la lucha contra la discriminación, establezca medidas efectivas para su erradicación.

Se expresa que el presente proyecto de ley tiene entre sus fuentes el precitado documento elaborado por la Defensoría del Pueblo, así como avances de la legislación paraguaya en el mismo sentido.

Estructura del proyecto de ley

1. Principios generales (arts. 1° al 4°)

Se establece en la primera parte del proyecto la finalidad de la ley, los principios que la regirán, sus reglas de interpretación y aplicación así como la favorabilidad en caso de duda al momento de su aplicación.

2. Definiciones (arts. 5° y 6°)

Se establece la definición de discriminación conforme a las definiciones consagradas en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de la misma manera se establece el concepto de trato diferente legítimo.

3. Actos discriminatorios (art. 7°)

Se establece un catálogo enunciativo de las conductas discriminatorias sancionables, en el ámbito laboral público y privado, en el educativo, en el de la seguridad social, y en otros ámbitos.

4. Medidas de protección (arts. 8° al 10)

Se establece la acción de tutela, la acción popular y las medidas policivas como medidas idóneas para la protección de las víctimas de conductas discriminatorias.

5. Conductas Punibles (art. 11)

Se tipifica el delito de incitación a la discriminación y la denegación de servicio por discriminación con pena de tres (3) a cinco (5) años.

6. Sanciones y reparación (arts. 12 al 18)

Se establece que toda persona o colectivo víctima de una conducta discriminatoria tiene derecho a una reparación integral.

Así mismo, se explica que son acciones reparativas: la petición de perdón, la restitución, indemnización de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados, las medidas pedagógicas de satisfacción y rehabilitación y la garantía de no repetición, a través de una o más prestaciones a cargo del responsable de la conducta, realizada a favor de la víctima, cuando a ello hubiere lugar.

7. Defensoría del Pueblo (art. 20)

Se asignan nuevas funciones a la Defensoría del Pueblo en aras de promover la presente ley.

Atentamente,

Armando Benedetti Villaneda, Gina Parody D'Echeona,
Senadores de la República.

SENADO DE LA REPUBLICA

Secretaría General (Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 30 del mes de julio del año 2007 se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 40, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por los honorables Senadores Gina Parody y Armando Benedetti.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

¹ Sentencia T-098 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

SENADO DE LA REPUBLICA

Sección de leyes

Bogotá, D. C., 30 de julio de 2007

Señora Presidenta:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 40 de 2007 Senado, *por medio de la cual se adoptan medidas de desarrollo del artículo 13 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para prevenir, erradicar y sancionar toda forma de discriminación*, me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley, es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., 30 de julio de 2007

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

La Presidenta del honorable Senado de la República,

Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

OBJECIONES PRESIDENCIALES**OBJECIONES PRESIDENCIALES****AL PROYECTO DE LEY NUMERO 237 DE 2005 CAMARA, 055 DE 2005 SENADO***por medio de la cual se expide el Código de Ética del Congresista.*

Bogotá, D. C., 26 de julio de 2007.

Doctora

NANCY PATRICIA GUTIERREZ

Presidenta

Honorable Senado de la República

Ciudad

Referencia: Objeciones al Proyecto de ley número 237 de 2005 Cámara, 055 de 2005 Senado, *por medio de la cual se expide el Código de Ética del Congresista*.

Respetada doctora:

Sin la correspondiente sanción ejecutiva, el Gobierno Nacional se permite devolver por razones de inconstitucionalidad el Proyecto de ley número 237 de 2005 Cámara, 055 de 2005 Senado, *por medio de la cual se expide el Código de Ética del Congresista*.

OBJECIONES POR INCONSTITUCIONALIDAD**1. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS EXPRESIONES DISCIPLINARIA(O)(S) CONTENIDAS EN EL PROYECTO EN ESPECIAL EN LOS ARTICULOS 1º, 2º, 3º, 4º LITERAL I), 9º Y 15 POR VULNERAR LOS ARTICULOS 277-6 Y 13 DE LA CONSTITUCION POLITICA**

Las expresiones disciplinaria (o)(s) contenidas en el proyecto en especial en los artículos 1º, 2º, 3º, 4º literal i), 9º y 15 del proyecto vulneran los artículos 277-6 y 13 Superiores por las razones que se exponen a continuación.

Violación del artículo numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política

Durante la mayor parte de su trámite, el proyecto de ley que se objeta, se discutió tanto en Cámara como en Senado, con bajo el supuesto, enmarcado en la competencia de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, en los términos del artículo 59 de la Ley 5ª de 1992, y reiterado en todos los informes de ponencia, de que el “propósito fundamental es dotar al Congreso de la República, en especial a las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista del instrumento sustancial y procedimental que le permita ejercer control sobre las conductas que atenten contra la moral y las buenas costumbres en el ejercicio congresual, así como la disciplina que debe observar el mismo en procura del honor, decoro y dignidad de la Institución”¹.

En ese orden de ideas, la regulación y sanción de aquellos comportamientos indecorosos, irregulares o inmorales que afecten a alguno de los miembros de las Cámaras en su gestión pública, es pertinente en este Código, no así la modificación por ley de la competencia disciplinaria atribuida por la Constitución al Procurador General de la Nación.

La atribución que en el proyecto que nos ocupa se da a las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista para ejercer la potestad disciplinaria respecto de Senadores y Representantes, vulnera claramente lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 277 Superior que atribuye expresamente al Procurador General

de la Nación la función de “Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, **inclusive las de elección popular**; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”. (Resaltado fuera del texto).

Esta norma atribuyó al Procurador General de la Nación la facultad disciplinaria a todos los funcionarios públicos, incluidos aquellos de elección popular. La excepción a esta competencia, la señaló el mismo Constituyente al excluir expresamente a los funcionarios enunciados en el artículo 174 de la Constitución, tales como el Presidente de la República, Magistrados de las Altas Cortes y el Fiscal General de la Nación, cuyos procesos conoce la Comisión de Acusación y Juzgamiento de Cámara y Senado. Al igual que los funcionarios de la rama judicial, frente a quienes el Consejo Superior de la Judicatura ejerce el control disciplinario, tal como lo señala el artículo 256, numeral 3 de la Constitución.

En consecuencia, sólo una reforma constitucional podría privar al Procurador General de la Nación la competencia para conocer de los procesos disciplinarios contra los miembros del Congreso de la República.

Sobre el particular, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre el artículo 59 del Reglamento del Congreso, Ley 5ª de 1992 estableció:

“El fuero especial consagrado en la norma citada no tiene el carácter de privilegio. No se otorga competencia alguna al Congreso para autorizar o rechazar la investigación o juzgamiento de uno de sus miembros. El origen popular del poder y la alta misión que la Constitución confía a las autoridades públicas –con mayor razón si se trata de sus representantes– de proteger y hacer cumplir los derechos y las libertades, no se concilia con la creación de prerrogativas que vulneran el principio democrático de la igualdad de todos ante la ley. El Estatuto de los Servidores Públicos debe guiarse por el principio de la responsabilidad y no de su exoneración (Sentencia C-025 de 1993).

En la misma decisión, la Corte Constitucional ha sido clara en manifestar que la ley que reglamente la actividad del congresista, no puede desconocer el ámbito constitucional de competencias funcionales que la propia Carta determina para otros funcionarios. Así, el Reglamento del Congreso no puede crear condiciones para el ejercicio jurisdiccional penal de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en tanto desconoce una competencia funcional que se le atribuye a esta constitucionalmente. Por la misma razón, no puede ser procedente que se desconozca la competencia funcional del Procurador General de la Nación, máxime cuando la propia Carta expresamente contempla la vigilancia superior de la conducta de los servidores públicos incluyendo los de elección popular. Aún más, si el Constituyente le consagró esta competencia al Procurador General de la Nación fue por la necesidad de desintegrar la vieja noción de inmunidad parlamentaria, la cual, en la filosofía de la Constitución de 1991, fue reemplazada por el fuero limitado de carácter penal y la expedición de normas que permiten preservar la inviolabilidad de la opinión y el voto que emitan los congresistas en ejercicio del cargo conforme al artículo 185 de la Carta. A este respecto, cabe citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional que establece:

“La actividad y el funcionamiento del Congreso, se origina y proyecta en la actuación de sus miembros. De ahí que la ley, por la cual se expide su reglamento no pueda ser objeto de censura constitucional, por este concepto. De otra parte, las garantías institucionales previstas en la Constitución, enderezadas a velar por la independencia del Congreso y la existencia de

¹ *Gaceta del Congreso* 657-05, *Gaceta del Congreso* 844 de 2005, *Gaceta del Congreso* 105 de 2006, *Gaceta del Congreso* 378 de 2006.

un proceso político abierto, libre y democrático, se expresan en algunos casos tomando como destinatarios directos a los Congresistas individualmente considerados. En estos eventos, la naturaleza institucional —no meramente personal— de la garantía, se colige de su otorgamiento a la persona en cuanto miembro del Congreso.

“Sin embargo, no puede el Congreso, a través de ley instituir privilegios o prerrogativas, cuya concesión sólo podría remitirse al momento constituyente. Más tarde, un poder constituido, sólo a riesgo de abusar de sus propios instrumentos y quebrantar el principio de igualdad (C. P. art. 13), podría rodearse de tales exenciones. Reemplazado el antiguo sistema de la inmunidad, por el de un fuero especial, el único papel que puede asumir el Legislador al dictar su reglamento se contrae a hacer compatible su normal funcionamiento con la existencia y plena operancia de dicho fuero”. (Sentencia C-025 de 1993).

Queda claro entonces que el legislador no está autorizado para crear prerrogativas frente a determinados comportamientos, ni siquiera bajo la consideración de inviolabilidad parlamentaria. Siguiendo la argumentación de la Corte Constitucional, se diría incluso que la única labor que puede hacer el Congreso con la expedición de un Código Ético se contrae a hacer compatible el normal funcionamiento del Congreso con la existencia de competencias disciplinarias en cabeza del Procurador General de la Nación y las correspondientes a los comportamientos deónticos de la actividad de congresista.

Esta aseveración es compatible con lo que la Corte Constitucional señaló sobre las normas de disciplina que conforme al artículo 185 de la Carta deben regir el comportamiento de los congresistas, normas estas que no pueden confundirse con las de carácter general disciplinario. En la Sentencia SU-047 de 1999, la Corte Constitucional afirmó:

“La inviolabilidad de los congresistas es absoluta. Sin embargo, esto no significa que en una democracia constitucional no exista ninguna responsabilidad de los congresistas por sus votos y opiniones en el ejercicio de sus funciones. Así, la mayor parte de las constituciones, y específicamente el artículo 185 de la nuestra, establecen que los parlamentarios están sometidos a las normas disciplinarias de las Cámaras, las cuales, con el fin de mantener un orden en el debate, pueden controlar y sancionar internamente ciertos abusos de la libertad de expresión. De otro lado, y más importante aún, el control esencial sobre los congresistas lo ejercen la propia ciudadanía y la opinión pública, cuyos cuestionamientos pueden traducirse en la imposición de formas de responsabilidad política sobre los Senadores y Representantes.

En consecuencia, el legislador, no puede considerar que el artículo 185 de la Constitución lo habilita para desconocer la competencia del Procurador General de la Nación para investigarlos y sancionarlos. Esta norma facultó al Congreso para dictar normas disciplinarias que hicieran compatible la inviolabilidad de los votos y opiniones de que trata el artículo 185 constitucional, con el respeto que debe exigírseles a quien representan la voluntad popular, dotando al propio órgano de representación de crear medidas de corrección cuando sus miembros en uso de sus derechos a votar u opinar infrinjan el decoro, la disciplina y la conducta debida de quienes ostentan tan alta potestad, toda vez que están cobijados por la inviolabilidad, pero ella no cubre el resto de conductas, las cuales están cobijadas por las normas disciplinarias que rigen para todos los servidores públicos.

Finalmente, es inadmisibles el argumento según el cual el Procurador General de la Nación carece de competencia para investigar y sancionar a los Congresistas por cuanto el Senado es quien elige al Procurador y este debe anualmente presentar un informe de su gestión.

Se olvida el Congreso que el sistema de pesos y contrapesos, que diseñó el Constituyente de 1991, se funda en los controles que ejercen unos órganos frente a otros. En este orden, el que el Senado de la República elija al Procurador General y este tenga que presentar informes anuales sobre su gestión, no lo inhiben para que él a su vez investigue y sancione a los congresistas cuando incurran en una infracción del derecho disciplinario. Una vez un funcionario es elegido, su relación con el ente nominador termina y es con la Constitución y la ley su compromiso.

Si el Constituyente hubiese querido que los Congresistas tuvieran un fuero en esta materia, así lo habría señalado expresamente, toda vez que el fuero es expreso y objetivo, tal como lo creó para otra clase de servidores públicos, incluido el Presidente de la República, funcionario de elección popular.

Es sobre estas bases como podemos afirmar que al incluir el tema disciplinario entre las funciones las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista lo que se autoriza en la práctica es la creación de un fuero disciplinario para los servidores de elección popular que integran el Congreso, que los sustrae al ejercicio de la acción disciplinaria por cuenta de la Procuraduría General

de la Nación. Dicho fuero al definir competencias exclusivas y al contraer las funciones constitucionales del Procurador General viola el concepto de fuero parlamentario que ideó el Constituyente de 1991 y que ha sido ampliamente analizado por la Corte Constitucional, pues este sólo opera en materia penal y no disciplinaria.

En este orden de ideas las expresiones disciplinaria (o)(s) contenidas en el proyecto en especial en los artículos 1°, 2°, 3°, 4° literal i), 9° y 15 del proyecto vulneran el artículo 277 Superior.

2. INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 47, 48 Y 49 DEL PROYECTO POR VIOLACION DE LOS ARTICULOS 151, 157 Y 158 DE LA CONSTITUCION POLITICA

Los artículos 47, 48 y 49 del proyecto vulneran los artículos 151, 157 y 158 Superiores por las razones que se exponen a continuación.

Violación del artículo 151 de la Constitución Política

Los artículos 47, 48 y 49 vulneran el artículo 151 de la Carta por cuanto la totalidad del proyecto que se objeta se tramitó como una ley ordinaria, razón por la cual no podía incluir normas de carácter orgánico ni modificaciones a las mismas relacionadas con el reglamento del Congreso.

La Corte Constitucional ha sido clara al señalar que un proyecto que pretenda modificar una ley orgánica debe cumplir los requisitos ordinarios para la aprobación de toda ley y, además, reunir las características especiales de las leyes de naturaleza orgánica, cuya ausencia vulnera la Carta Política.

Al respecto en Sentencia C-1246-01 la Corte manifestó:

“*Sintetizando la jurisprudencia sobre la materia puede concluirse que las leyes orgánicas, dada su propia naturaleza, guardan rango superior frente a las demás leyes e imponen sujeciones a la actividad del Congreso, pero no alcanzan la categoría de normas constitucionales (C. P. art. 151), pues solamente organizan aquello previamente constituido en la Carta Fundamental². Su importancia está reflejada en la posibilidad de condicionar la expedición de otras leyes al cumplimiento de ciertos fines y principios³, a tal punto que llegan a convertirse en verdaderos límites al procedimiento legislativo ordinario y a la regla de mayoría simple, que usualmente gobierna la actividad legislativa⁴.*

“*Esta especial jerarquía que revisten las leyes orgánicas hace que, además de satisfacer los requisitos generales para la aprobación de cualquier otra ley, deban cumplir algunas exigencias adicionales, tal y como esta Corte lo ha destacado⁵: (i) el fin de la ley, (ii) su contenido o aspecto material, (iii) la votación mínima aprobatoria y (iv) el propósito del legislador.*

“*En cuanto al primer requisito, el artículo 151 de la Carta precisa que a ellas ‘estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa’.* Los elementos anteriormente descritos explican entonces la finalidad de estas normas.

“*Por su parte, la propia Carta indica las materias que conforman la reserva de ley orgánica, como excepción a la cláusula general de competencia en cabeza del legislador ordinario, y que sirven para proteger procesos considerados de especial importancia por el Constituyente, como son los de planeación, presupuesto, ordenamiento territorial y funcionamiento del Congreso.*

“*El tercer requisito no presenta mayor dificultad, pues la Carta es clara en exigir la aprobación de un proyecto con la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara (C. P. artículo 151). Esta aprobación privilegiada pretende ‘la obtención de mayor consenso de las fuerzas políticas representadas en el Congreso de la República, lo cual garantiza mayor legitimidad democrática a la ley que va a autolimitar el ejercicio de la actividad legislativa’⁶.*

“*Por último, el propósito del legislador significa que en el propio trámite legislativo debe aparecer clara, expresa y positiva la voluntad del Congreso de aprobar o modificar una ley de naturaleza orgánica⁷. Esta exigencia busca garantizar la transparencia en el curso del debate democrático, y abrir espacios discursivos y participativos de control político que, en muchos casos, no tienen lugar cuando lo que se debate es la aprobación de una ley ordinaria’.*

En el caso que nos ocupa las constancias, informes de ponencia y demás documentos que aparecen en el expediente enviado por el Congreso permiten concluir que al surtir los respectivos debates ni el Senado ni la Cámara tuvie-

² Cfr. entre otras, las Sentencias C-337 de 1993, C-478/92, C-546/94; C-538/95, C-442 de 2001.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-446 de 1996 y C-432 de 2000.

⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-423/95 y C-894/99 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2001 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2001 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷ *Ibidem*. Ver también la Sentencia C-795 de 2000 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

ron la intención de que todo o parte del Proyecto de ley número 237 de 2005 Cámara, 055 de 2005 Senado, *por medio de la cual se expide el Código de Ética del Congresista*, tuviera el carácter de ley orgánica.

El resultado no es diferente así las normas que se objetan hubiesen sido aprobadas por mayoría absoluta, constancia que en todo caso no aparece en el expediente enviado por el Congreso, pues, como lo ha precisado la Corte Constitucional, es necesario además que el Congreso expresamente haya manifestado su voluntad de reformar una ley cuya naturaleza corresponde a la fijada por el artículo 151 Superior, cosa que no ocurrió en relación con el proyecto de la referencia.

En este orden de ideas, el Congreso en los artículos 47, 48 y 49 del proyecto que nos ocupa introduce mediante una ley ordinaria una reforma a la Ley Orgánica 5 de 1992, por lo cual tales normas resultan inconstitucionales.

De los señores Congresistas con todo respeto.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro del Interior y de Justicia,

Carlos Holguín Sardi.

Bogotá, D. C., 21 de junio de 2007

Doctor

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

Presidente de la República

Ciudad

Señor Presidente:

Acompañado de todos sus antecedentes y en doble ejemplar, atentamente me permito enviar a usted para su sanción ejecutiva el Proyecto de ley número 55 de 2005 Senado, 237 de 2005 Cámara, *por medio de la cual se expide el Código de Ética del Congresista*.

El mencionado proyecto de ley fue considerado y aprobado en Sesión de la Comisión Primera del Senado de la República el día 9 de noviembre de 2005 y en sesión Plenaria del Senado el día 6 de diciembre de 2005. En Sesión de la Comisión Primera de Cámara fue aprobado el día 14 de junio de 2006. Y en Plenaria de la Cámara de Representantes el día 15 de junio de 2007. Informe de Conciliación aprobado tanto en Plenaria de Cámara como en Plenaria de Senado el 19 de junio de 2007.

Cordialmente,

Emilio Otero Dajud,

Secretario General,

Senado de la República.

Anexo: Expediente.

INFORME SOBRE LAS OBJECIONES PRESIDENCIALES AL PROYECTO DE LEY NUMERO 194 DE 2005 CAMARA, 289 DE 2006 SENADO

por la cual se determina la relación laboral de los músicos sinfónicos con el Estado.

Bogotá, D. C., 25 de julio de 2007

Doctores

NANCY PATRICIA GUTIERREZ CASTAÑEDA

Presidenta Senado de la República

OSCAR ARBOLEDA PALACIO

Presidente Cámara de Representantes

Ciudad.

Referencia: Informe sobre las Objeciones Presidenciales al Proyecto de ley número 194 de 2005 Cámara, 289 de 2006 Senado, *por la cual se determina la relación laboral de los músicos sinfónicos con el Estado*.

Respetados Presidentes:

Dando cumplimiento a la honrosa designación que nos hicieron las Mesas Directivas de Senado y Cámara y en cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 167 de la Constitución Nacional, 66 y 199 de la Ley 5ª de 1992, de manera atenta rendimos informe a las objeciones presidenciales por inconveniencia al proyecto de la referencia en los siguientes términos:

Razones de inconveniencia:

1ª. Dice el Gobierno que, de acuerdo con el artículo 189 de la C. P., corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, “crear, fusionar o suprimir conforme a la

ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos”. Agrega el escrito que el gobierno no podrá crear con cargo al Tesoro Público obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales. Y que al Presidente le corresponde modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos nacionales.

De estas disposiciones concluye el informe de objeciones que si el Presidente pretendiera crear una orquesta sinfónica tendría que hacerlo exclusivamente bajo la modalidad de trabajadores oficiales, prescindiendo de la figura del empleado público.

Para esta Comisión, precisamente esa es la esencia o el fondo del debate: Para despejar la duda actual sobre si los músicos sinfónicos que se vinculan al Estado son empleados públicos o trabajadores oficiales, la ley, en uso de su potestad constitucional, determina que serán trabajadores oficiales.

La potestad del Congreso de determinar la naturaleza del vínculo de los servidores con el Estado la reconoce el propio escrito de objeciones cuando afirma que “el legislador, de acuerdo a sus competencias, puede determinar el sistema general de nomenclatura y clasificación de los empleos y establecer el sistema de funciones y requisitos aplicables a los organismos y entidades del orden nacional que deba regirse por la ley”.

Ahora bien, en nada pugna lo dispuesto en el proyecto con la facultad del Presidente de la República de crear, fusionar o suprimir cargos, ni con la limitación de crear más cargos que los que correspondan a las partidas presupuestales inicialmente aprobadas.

2ª. Según el escrito de objeciones, es inconveniente darle la categoría de trabajadores oficiales a los músicos sinfónicos vinculados al Estado, sin tener en cuenta el empleo público, al no tener en cuenta los elementos esenciales del mismo, es decir, la clasificación y la nomenclatura, las funciones asignadas, los requisitos exigidos para desempeñarlo, la autoridad con que se inviste al titular del mismo para cumplir las funciones del cargo, la remuneración correspondiente y su incorporación en una planta de personal.

Para esta Comisión, en realidad no se ve cuál es la razón de la inconveniencia. Las características generales que distinguen a un empleado público nada tienen que ver con que la ley defina que unas determinadas tareas sean cumplidas por trabajadores oficiales. Tanto empleados públicos como trabajadores oficiales son categorías previstas en la Carta (artículo 125 C. P.) y el Congreso tiene la facultad de determinar cuáles de los servidores del Estado tienen una u otra, o las demás que considere convenientes.

3ª. Dice el Gobierno que es inconveniente darles la categoría de trabajadores oficiales, “pues la clasificación, es la forma de organización de los empleos públicos en diferentes grupos. Dicha clasificación tiene su origen en la Constitución o en la ley. Con fundamento en la Carta, la clasificación atiende a la naturaleza del cargo, los empleos son de carrera –la regla general–, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Quitando la posibilidad al ejecutivo de darle, en caso de ser necesario la calificación de empleado público a los músicos de las orquestas de carácter sinfónico al servicio del Estado”.

Para esta Comisión resulta incongruente la objeción de inconveniencia en cuanto admite que la clasificación de empleados públicos y trabajadores oficiales tiene origen en la Constitución y en la ley, pero enseguida dice que se le quita al ejecutivo la posibilidad de darle a los músicos la clasificación de empleados públicos.

Si dicha clasificación tiene origen en la Constitución y en la ley, es claro que, con sanción o sin sanción del proyecto, el ejecutivo no podría atribuirle a determinados servidores la calidad de empleados públicos. Esa es una función reservada al legislador, según indica el mismo texto de objeciones, y el Ejecutivo no podría ejercer una función que no le ha sido atribuida por las normas superiores.

Las anteriores razones, suficientes para declarar infundadas las objeciones, se complementan con lo expresado por el gobierno durante el trámite legislativo, al admitir explícitamente la conveniencia de la iniciativa, según se ve enseguida:

1. Con fecha 18 de mayo de 2006 el Ministro de la Protección Social, Diego Palacio Betancourt, envió el concepto de dicho Ministerio sobre el proyecto citado, en el cual dice:

“(…)

II. ANALISIS DE CONVENIENCIA

El artículo 125 de la Constitución Política establece:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

De conformidad con la disposición anterior, es evidente que el legislador puede establecer que determinados empleos estén exceptuados de la aplicación de las normas de carrera administrativa.

En este orden de ideas, dadas las especiales condiciones que deben tener quienes se desempeñan como músicos sinfónicos al servicio del Estado, resulta procedente que por expresa disposición del legislador, estos sean excluidos de la aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa, tal como se plantea en la exposición de motivos (estas y las siguientes subrayas son nuestras).

(...)

Así las cosas, para este Ministerio resulta procedente, tal como en su momento el legislador lo dispuso para los profesores integrantes de la orquesta sinfónica y de la banda nacional en la Ley 397 de 1997 que desarrolla el tema cultural, determinar que la vinculación de los músicos sinfónicos al servicio del Estado se realice mediante contrato de trabajo.

Al ser consultado el Consejo de Estado sobre el contenido del artículo 72 de la citada Ley 397 de 1997, la Sala de Consulta y Servicio Civil expresó lo siguiente en Concepto 1041 del 16 de octubre de 1997, Consejero Ponente, doctor Javier Henao Hidrón:

“En el caso del Ministerio de Cultura; el legislador estableció las dos categorías aludidas de servidores Públicos.

a) Los empleados públicos que serán, unos de carrera administrativa y otros de libre nombramiento y remoción; los primeros representan la regla general y los segundos la excepción, y

b) Los Trabajadores oficiales o sea los que en tal condición ocupan cargos en la estructura del Instituto Colombiano de Cultura, Colcultura, (...). Ellos son: los trabajadores de la construcción o sostenimiento de obras públicas y los trabajadores de mantenimiento de los parques arqueológicos, y además los profesores integrantes de la Orquesta Sinfónica de Colombia y la Banda Sinfónica Nacional.

(...)

El vocablo ‘profesores’ fue empleado por el legislador en sentido amplio, para comprender genéricamente al personal artístico, es decir, a los integrantes de las dos organizaciones sinfónicas: la Orquesta y la Banda. Por tanto en dicha Expresión quedan incluidos los directores, concertinos, jefes de grupo e intérpretes de los distintos instrumentos.

(...)

La Ley 397 de 1997 establece en su artículo 72 un régimen especial para el Ministerio de Cultura consistente en que pueden existir en su planta de personal trabajadores oficiales, así no tengan la naturaleza de trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas.

Como consecuencia, pueden vincularse mediante contrato de trabajo a la planta de personal del Ministerio de Cultura, (...) los integrantes de la Orquesta Sinfónica de Colombia y La Banda Sinfónica Nacional”.

En conclusión, la iniciativa resulta conveniente, en cuanto que la actividad que realizan los músicos no corresponde a la típica función administrativa que caracteriza la actividad de quienes se vinculen como empleados públicos.

Por las anteriores razones, consideramos conveniente continuar con el trámite de expedición del Proyecto de ley número 194 de 2005 Cámara”.

2. Con fecha 25 de mayo de 2006 el señor Presidente de la República y la Ministra de la Cultura enviaron a los Presidentes de Senado y Cámara y a los presidentes de las comisiones séptimas del Senado y de la Cámara una comunicación en la cual solicitan al Congreso darle trámite de urgencia al Proyecto de ley número 194 de 2005 (Cámara). Dijo el Gobierno en esa comunicación:

(...)

En aplicación del artículo 163 de la Constitución Política, me permito solicitar al honorable Congreso de la República, a través de su distinguido conducto, se dé Trámite de Urgencia al Proyecto de ley 143 (sic) Cámara, “por la cual se determina la relación laboral de los músicos sinfónicos con el Estado”.

Durante varios años se ha discutido sin poderse resolver la naturaleza del vínculo laboral de los músicos sinfónicos del Estado, en el sentido de determinar si estos son empleados públicos o trabajadores oficiales, por lo que el señalado proyecto tiene la finalidad de resolver tal controversia jurídica, la cual ha tenido repercusiones negativas tanto para el desarrollo pleno de cada una de las orquestas sinfónicas nacionales, como para la calidad laboral y de vida de los músicos que la integran.

En este sentido, además de buscar solucionar el problema descrito se justifica el Trámite de Urgencia evaluando los tiempos de desarrollo de las diferentes etapas de la Convocatoria 001 de 2005, a través del cual “se convoca al proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera administrativa de las entidades y organismos del orden nacional y territorial, regidas por la Ley 909 de 2004”, y la respectiva aprobación y sanción previa del proyecto de ley en cuestión, de tal manera que sea oportuna y anterior al momento en que deba definirse los concursos, lo cual se vislumbra de difícil consecución si no se obtiene un ágil trámite del proyecto.

Igualmente, al acelerar el trámite legislativo no solo se estaría ofreciendo un espacio para brindar estabilidad laboral a los músicos correspondientes sino que también se redundaría en beneficios para el sector musical.

Por lo anterior, es urgente que se tramite en forma breve el citado proyecto con el fin de armonizar dentro del lapso anotado las actividades descritas anteriormente.

En este orden de ideas, solicitamos comedidamente a ustedes impartir al proyecto mencionado, el trámite de urgencia y se disponga la deliberación conjunta de las correspondientes comisiones constitucionales permanentes a que se refiere el artículo 163 de la Constitución Política y los artículos 169 numeral 2 y 191 de la Ley 5ª de 1992”.

Como se ve, las expresas manifestaciones del Presidente de la República, de la Ministra de la Cultura y del Ministro de la Protección Social sobre la conveniencia del proyecto desvirtúan las objeciones a que se refiere este informe. Debe resaltarse que el mensaje de urgencia es una actuación especial dentro del trámite legislativo, de la exclusiva iniciativa del Gobierno, por lo que no se entiende que el ejecutivo hubiera hecho uso de tan especial recurso para ahora objetar la propuesta cuya aprobación consideró urgente.

Por lo expuesto, esta Comisión **no comparte** las objeciones del Gobierno, no solo porque son ajenas al contenido y a la finalidad del proyecto, como se indicó al principio, sino porque el propio Gobierno, incluido el Ministerio de la Cultura, en forma reiterada han admitido que el proyecto es benéfico para el sector cultural.

Proposición

Con base en las anteriores consideraciones, solicitamos a las plenarios de la Corporación declarar infundadas las Objeciones Presidenciales al Proyecto de ley número 194 de 2005 Cámara, 289 de 2006, Senado, por la cual se determina la relación laboral de los músicos sinfónicos con el Estado, insistiendo en su aprobación conforme al texto conciliado por el Senado y la Cámara de Representantes.

Piedad Córdoba Ruiz, Senadora; Gloria Stella Díaz Ortiz, Representante a la Cámara.

CONTENIDO

Gaceta número 364 - Martes 31 de julio de 2007	
SENADO DE LA REPUBLICA	
PROYECTOS DE LEY	
Proyecto de ley número 40 de 2007 Senado, por medio de la cual se adoptan medidas en desarrollo del artículo 13 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para prevenir, erradicar y sancionar toda forma de discriminación.	1
OBJECIONES PRESIDENCIALES	
Objeciones presidenciales al Proyecto de ley número 237 de 2005 Cámara, 055 de 2005 Senado, por medio de la cual se expide el Código de Ética del Congresista.	5
Informe sobre las objeciones presidenciales, al Proyecto de ley número 194 de 2005 Cámara, 289 de 2006 Senado, por la cual se determina la relación laboral de los músicos sinfónicos con el Estado.	7