



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)
 IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
 www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XX - N° 585

Bogotá, D. C., miércoles, 10 de agosto de 2011

EDICIÓN DE 24 PÁGINAS

DIRECTORES:	EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD SECRETARIO GENERAL DEL SENADO www.secretariasenado.gov.co	JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

**PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO
 NÚMERO 02 DE 2011 SENADO**

por medio del cual se adiciona el artículo 65 de la Constitución Política.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 65 de la Constitución Política

Artículo 65. Todas las personas tienen el derecho fundamental a no padecer hambre. El Estado garantizará la disponibilidad, acceso, calidad y aceptabilidad cultural de los alimentos a lo largo del ciclo vital, para el logro de la calidad de vida.

La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras.

De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad.

Artículo 2º. *Vigencia.* Este acto legislativo rige a partir de su promulgación.

De los honorables Congresistas,

ALBA LUZ PINILLA PEDRAZA
 Representante a la Cámara

ALEXANDER LOPEZ
 Senador de la República

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INTRODUCCIÓN

Esta exposición de motivos se encamina a defender el carácter fundamental del Derecho a no Padecer Hambre (que en adelante se definirá: DNPH), para lo cual es imperativo delimitar¹ su contenido del Derecho Económico Social y Cultural (DESC); defensa que se logra ratificar a partir de la interpretación jurídica de la Carta Constitucional Colombiana y los Tratados Internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos y El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Esta exposición de motivos finalmente define que el DNPH es categóricamente un derecho fundamental, el cual no se

¹ En palabras de la profesora Clara Cecilia Restrepo Yepes y en relación a su documento “El Derecho a No tener Hambre. ¿Derecho Fundamental o Derecho Económico Social y Cultural?” se utiliza la palabra Deslindar a cambio de la palabra Delimitar.

encuentra contemplado en la Constitución Colombiana, lo cual induce al debate de este derecho innominado² frente a la efectividad y la justiciabilidad.

A fin de proporcionar una defensa vehemente de la fundamentalidad del DNPH, el texto inicia proporcionando un análisis somero pero contundente del modelo económico imperante frente a los derechos sociales; posteriormente se trabaja sobre la justiciabilidad de los DESC; seguidamente se conceptualizará el DNPH; luego el texto efectúa una mirada del Derecho Alimentario como soporte para identificar el DNPH y finalmente se ocupará de la conceptualización del DNPH a partir del Derecho a una Alimentación Adecuada¹.

MODELO ECONÓMICO Y TENSIONES FRENTE A LOS DERECHOS

La Constitucional del 91 consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho, donde la garantía e igualdad en las dotaciones básicas sociales (Narváez, 2008) se logra singularmente a partir de la intervención de la economía por parte del Estado. Sin embargo, este principio de intervención a favor de los derechos se fragmenta por la adopción de un sistema libre de mercado, respaldado constitucionalmente en el artículo 333, cuando consagra “la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común”. Paralelo a este, el artículo 58 de la Carta Magna garantiza la propiedad pero bajo obligaciones de función social y ecológica, dicho literalmente “(...) la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

En este orden de ideas, los artículos 58, 333 y 336 del texto constitucional, evidencian claramente la protección de la propiedad privada; avala la libertad de empresa; la libertad laboral y de escogencia de profesión y oficio y la excepcionalidad de los monopolios estatales. Paralelo a esta posición económica liberal, se instauran igualmente principios sociales tales como: la función social de la propiedad (art. 58), la promoción de formas asociativas y solidarias de propiedad, la protección de los derechos de los trabajadores (art. 53) y la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo (art. 334).

Lo anterior deja entrever que Colombia ostenta en lo económico un modelo que subyace en la libertad económica con una clara intervención Estatal, lo cual le permite regular esa libertad. Simultáneamente a esta posición, se afirma categóricamente que la libre competencia, es el cimiento del progreso, del desarrollo y del bienestar social, no obstante constitucionalmente se deja explícito que

los riesgos de un libre mercado requieren de un protagonismo Estatal.

La dualidad que engendra el modelo económico y la Carta de Derechos Sociales –básicamente los DESC y los Derechos Colectivos– envuelven innegables conflictos, pues las dos posiciones que hacen parte de una misma moneda son incompatibles en todas sus formas y contextos. *Parafraseando* al profesor (Rodríguez, 2005) “el texto constitucional Colombiano tiene una naturaleza normativa y valorativa de constitucionalismo social, puesto que reconoce derechos liberales y derechos sociales, otorgándoles fuerza normativa. Y simultáneamente se considera una Constitución abierta porque admite políticas económicas muy diversas para cumplir esos derechos sociales”. Este par de posiciones antagónicas obstruye la integración automática.

En este orden, los DESC es regulado desde el neoinstitucionalismo económico³, suscribiendo su garantía al crecimiento económico Estatal, en otras palabras los DESC están sujetos al desarrollo de la libre fuerza del mercado, convirtiendo al mercado en la herramienta decisiva de coordinación social. Si se observa minuciosamente la Constitución Política del 1991 asentó el neoinstitucionalismo⁴, forjando tensiones notables con respecto a la protección de los DESC, pues la efectividad y ejecución de estos materializados en proyectos, programas y políticas públicas no sólo reposan en razones de eficacia y libertad, sino también en consideraciones de equidad e igualdad como principios de un Estado Social de Derecho.

³ El neoinstitucionalismo es una forma diferente de ver a la economía; enfrentada a un entorno más complejo y que toma en cuenta las leyes que rigen a las naciones, dado que al ser ajenos a ellas nos tropezamos con modelos poco eficientes. Es por esto que “en los años recientes la economía se ha vuelto a preocupar por estudiar los procesos económicos en un entorno más amplio, poniendo el acento en las relaciones entre economía y política, entre economía y sociedad e incluso entre economía y cultura” dada la necesidad actual de vivir en un sistema un poco más intelectual y desarrollado. Para los neoinstitucionalistas el mercado tiene que ir más allá de las curvas de oferta y demanda, en vez de esto se debe tomar en cuenta que lo que existe en los mercados es una combinación de estructuras de poder, es decir “los oferentes peleando entre sí, cada uno con su respectivo poder, para aumentar su ganancia”, esto nos indica un ambiente de competencia que hace mella en cada uno de los oferentes, la cual les exige a utilizar su poder en pro de un bien individual pero que en últimas se reflejará en el consumidor, dado que “los demandantes también estarán peleando por maximizar su compra y pagar menos por comprar más”.

⁴ El neoinstitucionalismo informa que las reglas de juego que guían el comportamiento de los agentes en una sociedad son fundamentales para explicar su desempeño económico. A la vez, se trata de un conjunto de teorías que combinan las vertientes de una nueva microeconomía basada en los costos de transacción, una sección de derecho y economía, otra de teoría de la información, teoría de la elección pública, y una vertiente histórica, basada en el trabajo de Douglass North. Cada una de ellas se acerca o se aleja en mayor o menor medida de los postulados básicos de la teoría neoclásica: maximización de una utilidad, racionalidad en la escogencia, escala de valores establecida, información perfecta, competencia adecuada y, por lo tanto, clarificación de los mercados (Kalmanovitz, 2003).

² Que no tiene nombre. Derecho que no se contempla en la Carta Constitucional. (Cabal & Motta, 2006).

¹ Esta Exposición de Motivos se estructura en la investigación titulada “El Derecho a No tener Hambre. ¿Derecho Fundamental o Derecho Económico Social y Cultural?”. Documento elaborado por la docente investigadora de la Universidad de Medellín Olga Cecilia Restrepo Yepes y por Lucas Correa Montoya profesor asociado y coordinador de proyección social del programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco (Restrepo Yepes & Correa M, 2007). Para su consecución se conservo el orden metodológico del texto.

Así pues, los DESC en sí mismos otorgan un propósito esencial, dignificar la vida y la vida en todas sus dimensiones humanas. Principio que frente al individualismo, la seguridad jurídica y el fortalecimiento de las instituciones a favor del mercado suscita múltiples conflictos.

JUSTICIABILIDAD Y EFECTIVIDAD DE LOS DESC EN COLOMBIA

Los DESC en Colombia son derechos constitucionales, su *efectividad* se traduce en proyectos, programas, políticas públicas y leyes que el Estado diseña para garantizar su cumplimiento; así mismo se les confieren asignaciones presupuestales para su realización, debido a su carácter prestacional y programático. Si el Estado prescinde de esta responsabilidad, él automáticamente se convierte en el único responsable de su incumplimiento y por deducción se establece una inconstitucionalidad por omisión⁵.

Ahora, frente a la justiciabilidad de los derechos existen mecanismos jurídicos para su protección, este es el caso de la Acción de Tutela, la Constitución en su artículo 86 publica “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, asimismo el artículo 88 en razón de los derechos e intereses colectivos manifiesta “la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos”.

Si se realiza un análisis juicioso se llega a concluir que los DESC al no ser derechos fundamentales, carecen de facto de acciones judiciales que les resguarden. Incluso, su efectividad está atada a la progresividad, en palabras menos su exigibilidad se ve en entredicho, los DESC no poseen el peso de cumplimiento inmediato, así lo manifestó la Sentencia C-251/97 emanada por la Corte, “la Constitución acoge la fórmula del Estado social de derecho, (...) es su deber también asegurarles condiciones materiales mínimas de existencia, por lo cual el Estado debe realizar progresivamente

5 Sentencia C-177 de 1998. “El deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los “derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico” (Principio de Limburgo N° 25). Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar “todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos disponibles”, por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales”.

los llamados derechos económicos, sociales y culturales”. No obstante en eventos excepcionales estos derechos son protegidos judicialmente por la acción de tutela cuando se hallan en conexidad con derechos fundamentales.

CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO A NO PADECER HAMBRE (DNPH)

Antes de entrar a conceptualizar el Derecho a no Padecer Hambre (DNPH), es necesario dejar en claro que el Derecho Alimentario Constitucionalmente se concibe como un DESC, evidencia que de entrada afecta su justiciabilidad y efectividad por motivos de fuerza económica⁶ (no olvidemos que ellos están atados a la progresividad y por ende a los efectos de la libre fuerza del mercado). En procura de hallar la separación de este derecho de un DESC, es trascendental conceptualizar el DNPH delimitándolo del Derecho Alimentario y del Derecho a una Alimentación Adecuada.

IDENTIFICACIÓN DNPH A PARTIR DEL DERECHO ALIMENTARIO

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en su apartado III artículo 11 num. 1 los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso, alimentación, vestido y vivienda adecuados” y en el num. 2 del mismo artículo, reconocen la posibilidad de adoptarse medidas inmediatas y urgentes para garantizar “el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre y la malnutrición”; y se refuerza este contenido con la observación general 12 del mayo de 1999 cuando el PIDESC declara: “... todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”. De la misma forma se define el contenido esencial del derecho cuando se anuncia: “la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas y aceptables desde el punto de vista cultural”.

Lo anterior corrobora que las designaciones escrituradas en la Observación General 12 apuntan más a la conceptualización del derecho desde los DESC y no la fundamentalidad del derecho. Pero esta exclusión de la fundamentalidad del derecho en cuanto a su protección y obligación es exigida ya en la Cumbre Mundial sobre la Alimentación celebrada en Roma, el 13 de noviembre de 1996, donde dirigentes de 185 países y de la Comunidad Europea Declararon “... reafirmamos el derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación apropiada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre”.

Igualmente la *disponibilidad*, consignada en el numeral 12 (Introducción y Premisas Básicas de la Observación General 12) del derecho a la alimentación se convierte en el soporte básico tanto conceptual y delimitador del DNPH. Frente a la

6 Aunque la Corte Constitucional, a razón de la conexidad ha abordado a tutelar los DESC.

disponibilidad como núcleo del derecho alimentario se enuncia como:

“(...) la posibilidad que tiene el individuo de alimentarse, ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de predicción a donde sea necesario según la demanda”. Observación General 12 numeral 12.

Entonces la *disponibilidad* (acorde Observación General 12) se corresponde con:

a) Poseer una suficiente oferta alimentaria cuyo propósito sea el atender las necesidades nutricionales de la población con el fin de protegerla contra el hambre. Se observa en este precepto una variable de cantidad, la cual se relaciona con la satisfacción de las necesidades alimentarias de la población.

b) Una oferta alimentaria adecuada que dé cuenta de las necesidades nutricionales del total de la población. Al referirse al concepto de adecuado se introduce una variable cualitativa, identificando como necesario las características nutricionales, físicas y culturales de los alimentos, procurando por lo tanto que los alimentos que están disponibles sean seguros, nutritivos y culturalmente apropiados.

c) Estabilidad de la oferta alimentaria, lo cual sugiere un suministro de alimentos de forma constante y accesible. A la par este apartado hace alusión a la estabilidad de los entornos políticos, sociales y económicos de los países, asegurando confiabilidad y desarrollo de prácticas productivas de forma sostenible y no amenazante en el largo plazo de la disponibilidad de los alimentos.

Estos tres criterios del derecho Alimentario lo convierten en un derecho núcleo y lo instituyen como un DESC, y a su vez, le permiten delimitar de su esencia: (i) el DNPH y (ii) el Derecho a la Alimentación Adecuada. Derechos con contenidos propios y con resultados significativos en su efectividad y justiciabilidad.

EL DNPH Y EL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA

La alimentación en la Constitución Política de Colombia, particularmente sin agotar su contenido, es asumida en los artículos 43, 44 y 65. El artículo 65 expresa un amparo de protección especial a la producción alimentaria definiendo ciertos lineamientos para alcanzarla, artículo que se soporta en la naturaleza de un DESC. El artículo 43 protege a la mujer en embarazo dándole una especial atención alimentaria al expresar “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario (...)”. El artículo 44 registra la fundamentalidad de la alimentación al enunciar “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada (...)”. Si se percata los artículos 65 y 43 responde a DESC mientras que el artículo 44 se soporta como un Derecho Funda-

mental. Lo anterior induce a efectuar la delimitación⁷ en aras de la efectividad, exigibilidad y judicialidad del DNPH y del Derecho Alimentario. El fin del deslinde es encontrar la fundamentalidad de este derecho.

La delimitación del Derecho Alimentario explícitamente comprende dos direcciones: (1) el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre y (2) el derecho de toda persona a disponer y acceder permanentemente a una alimentación adecuada. La Constitución efectivamente da razón a estas dos posiciones, las adopta, sin embargo, se queda corta en su diferenciación. Limitación que conducen a apoyarse en el artículo 93 el cual posibilita que los derechos puedan ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales que Colombia ha ratificado en el contexto de los derechos humanos.

El Derecho Alimentario es un derecho individual y colectivo el cual a su vez debe ser adecuado⁸, definición que se desglosa de la Declaración Universal de Derechos Humanos (diciembre 10 de 1948) en su artículo 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Pero posteriormente, el 16 de diciembre de 1966 el PIDESC entrega una nueva versión reconociendo el derecho fundamental de protección contra el hambre, en su artículo 11 enuncia lo siguiente: num. 1. “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación”, y en el num. 2. “los Estados partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre (...)”. El PIDESC en el artículo 11 y en su num. 2 rotula la fundamentalidad del DNPH, derecho que se formaliza al borde del mínimo vital y que inviste a la persona de garantías para el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad.

En este mismo orden de ideas y con respecto al artículo 65 de la Constitución, el cual manifiesta que “la producción de alimentos gozará de la es-

⁷ En palabras de Olga Cecilia Restrepo Y.; es Deslindar lo cual se define: señalar y distinguir los términos de un lugar, aclarar algo, de modo que no haya confusión en ello.

⁸ El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre tal como se dispone en el párrafo 2 del artículo 11, incluso en caso de desastre natural o de otra índole.

pecial protección del Estado. (...)” el derecho ante esta manifestación se asume como Derecho a una Alimentación Adecuada y explícitamente toma la condición constitucional de un DESC. Mientras que el artículo 44 que expresa categóricamente “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada”, el derecho evidencia radicalmente ante este ciclo de vida su fundamentalidad.

El deslinde del Derecho Alimentario deja entrever:

1. El derecho a estar protegidos contra el hambre es un derecho fundamental denominado DNPH y el Estado se obliga a protegerlo y a asegurar que las personas no mueran de hambre. Asimismo este derecho asume la disponibilidad en función de una oferta alimentaria suficiente en cantidad de alimentos, y desde allí, unido al mínimo vital, la dignidad humana y la vida, se estructura como derecho fundamental.

2. El Derecho a una Alimentación Adecuada corresponde a la categoría de un DESC y la disponibilidad se toma como: oferta alimentaria adecuada, calidad de los alimentos y estabilidad de la oferta. El Estado se obliga a garantizar el Derecho a una Alimentación en los términos en que la disponibilidad lo exige.

En razón a la producción, distribución y consumo el Estado es el garante de la satisfacción del derecho a tener alimentos adecuados en cantidad y calidad garantizando su disponibilidad, acceso y aceptabilidad cultural de los alimentos. Sin embargo, dicha obligación en algunos casos se identifica como derecho fundamental (DNPH) y en otros como DESC (Derecho a una Alimentación Adecuada).

Pero es claro a manera de conclusión que el DNPH es un derecho fundamental, protegido jurídicamente a través de la acción de tutela, ostenta la investidura de un derecho al mínimo vital, la vida y la dignidad humana. Imperativamente se consagra ante la sabiduría constitucional como un derecho innominado, su reconocimiento no se funda en el registro textual en la Carta Constitucional, su desarrollo conceptual y fundamental se puede procesar en línea jurisprudencial o por bloque de constitucionalidad.

Referencias Bibliográficas

Cabal, L., & Motta, C. (2006). *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*. Siglo del Hombre Editores.

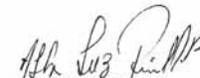
Española, W. D. (s.f.). *WordReference.com*

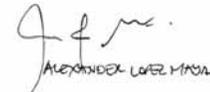
Kalmanovitz, S. (2003). *El Neoinstitucionalismo Como Escuela*. Banco de la República.

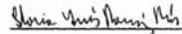
Narvaez T., L. C. (2008). *Control Social Desde la perspectiva de los Derechos*. Printe Colombia.

Restrepo Yepes, O. C., & Correa M, L. (2007). *El Derecho a no Tener Hambre. ¿Derecho Fundamental o Derecho Economico Social y Cultural?*

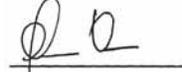
Rodriguez, G. (2005). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Norma.

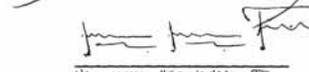

ALBA LUZ PINILLA PEDRAZA
Representante a la Cámara


ALEXANDER LOPEZ MAZA


Gloria María Ramírez

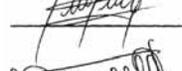

HERNANDO HERNÁNDEZ

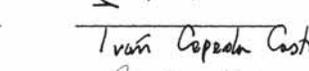

HERNANDO HERNÁNDEZ

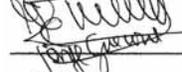

HERNANDO HERNÁNDEZ

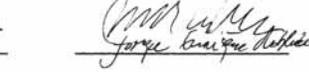

Iván Cepeda Castro


Iván Cepeda Castro


Jorge Iván Rodríguez

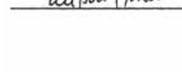

Jorge Iván Rodríguez


Wilson Arias


Wilson Arias


Wilson Arias


Wilson Arias


Wilson Arias


Wilson Arias

SENADO DE LA REPÚBLICA SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2011

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2011 Senado, por medio del cual se adiciona el artículo 65 de la Constitución Política, 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 Acto Legislativo, 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 REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2011

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el Proyecto de Acto Legislativo 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.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Juan Manuel Corzo Román.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

**PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO
NÚMERO 08 DE 2011 SENADO**

por el cual se adiciona el artículo 171 de la Constitución Nacional, para fortalecer la representación afrodescendientes en el Congreso de la República.

El Congreso de Colombia
DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 171 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 171. El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional.

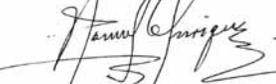
Habrá un número adicional de dos Senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, y dos Senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades afrodescendientes.

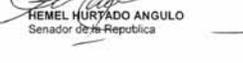
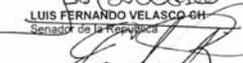
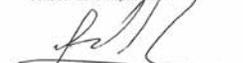
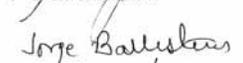
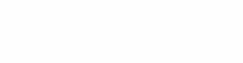
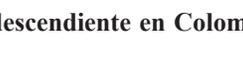
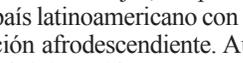
Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República.

La circunscripción especial para la elección de Senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral. Los representantes de dichas comunidades que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno.

La circunscripción especial para la elección de Senadores por las comunidades afrodescendientes se regirá por el sistema de cuociente electoral y quienes pretendan ser elegidos, deberán ser miembros de la respectiva comunidad y avalados previamente por una organización inscrita ante el Gobierno Nacional.

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

 HERNÁN ANDRADE SERRANO Senador de la República	 JUAN MANUEL CORZO R. Senador de la República
 EFRAÍN JOSÉ CEPEDA SARABIA Senador de la República	 CARLOS RAMIRO CHAVARRO Senador de la República
 JOSÉ IVÁN CLAVIJO CONTRERAS Senador de la República	 JUAN DE JESÚS CORDOBA S. Senador de la República
 CARLOS EMIRO BARRIGA P. Senador de la República	 CESAR TULIO DELGADO B. Senador de la República
 CARLOS EDUARDO ENRIQUEZ M. Senador de la República	 NORA MARÍA GARCÍA B. Senadora de la República
 ROBERTO GERLEÍN ECHEVERRÍA Senador de la República	 JUAN MARIO LASERNA J. Senador de la República

 JUAN SAMY MERHEG MARUN Senador de la República	 MYRIAN ALICIA PARDES A. Senadora de la República
 JORGE HERNANDO PEDRAZA G. Senador de la República	 LILIANA MARIA RENDON R. Senadora de la República
 JOSE DARIO SALAZAR CRUZ Senador de la República	 LUIS EMILIO SIERRA G. Senador de la República
 OLGA LUCIA SUAREZ MIRA Senadora de la República	 FERNANDO TAMAYO TAMAYO Senador de la República
 GERMAN VILLEGAS VILLEGAS Senador de la República	 GABRIEL ZAPATA CORREA Senador de la República
 HEMEL HURTADO ANGULO Senador de la República	 LUIS FERNANDO VELASCO GH Senador de la República
 JESUS IGNACIO GARCIA V. Senador de la República	 EDINSON DELGADO RUIZ Senador de la República
 FUAD CHAR	 Jorge Ballalcaza Senador
 CARLOS AUGUSTO ROJAS O. Representante a la Cámara	 SILVIO VAZQUEZ VILLANUEVA Representante a la Cámara
 YENSY ALFONSO ACOSTA C. Representante a la Cámara	

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. La población afrodescendiente en Colombia

Según la página web “Afrodescendientes” creada por Jarvis Rojas, después de Brasil, Colombia es el país latinoamericano con la mayor cantidad de población afrodescendiente. Aun cuando no existen datos oficiales uniformes, se estima que el número de afrocolombianos va de un 16 a un 25% de la población total, esto es, entre seis (6) y diez con cinco (10,5) millones de habitantes. La población afrocolombiana se asienta a lo largo y ancho de todo el territorio, incluido el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, ubicado a 770 kilómetros del continente, lugar donde vive la población nativa raizal. Si bien mayoritariamente los afrocolombianos se ubican en la zona costera del Pacífico (departamento del Chocó), en los últimos años la migración hacia los polos urbanos ha aumentado significativamente.

Para la comunidad afrodescendiente de Colombia, el conflicto armado que vive el país desde hace décadas ha sido sinónimo de muerte y desamparo, puesto que se trata de una población especialmente vulnerable, siendo en muchos lugares la más numerosa y, al mismo tiempo, más pobre. Además, ocupan territorios considerados estratégicos por

los grupos armados (por las zonas de cultivo y la existencia de ríos navegables).

Los indicadores sociales con respecto a los afrocolombianos son elocuentes de su desaventajada situación. De acuerdo a cifras oficiales, “el 80% de las comunidades negras tienen sus necesidades básicas insatisfechas y viven en extrema pobreza, mientras que el ingreso per cápita promedio oscila entre los 500 y 600 dólares frente al promedio nacional de 1.500 dólares.

Un 74% de la población afrocolombiana recibe salarios inferiores al mínimo legal, y la esperanza de vida es de 55 años frente a 65 como promedio nacional”.

Un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, IDH, organismo adscrito a la OEA, publicado en el año 2009, sobre la población afrodescendiente en Colombia, reseñado por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, indica que esta población se encuentra marcada por una historia de invisibilidad, exclusión y desventajas sociales y económicas que afectan el goce de sus derechos fundamentales. La población afrocolombiana constituye el segmento mayoritario de las clases más pobres del país, muestra los indicadores socioeconómicos más bajos, padece una tasa de mortalidad infantil que duplica la registrada a nivel nacional, y tiene menor acceso a servicios básicos como educación y salud, así como menor acceso a empleos retribuidos y menor participación en la vida pública.

Así mismo, el estudio destaca que regiones del país mayoritariamente habitadas por afrodescendientes se han visto particularmente afectadas por la crisis humanitaria derivada del conflicto armado interno. La Comisión observa con especial preocupación la falta de esclarecimiento judicial de la mayoría de los hechos de violencia que han afectado a las comunidades afrodescendientes y causado su desplazamiento.

“Las disparidades entre las condiciones sociales y económicas de los afrodescendientes y el resto de la población en Colombia están estrechamente vinculadas a la exclusión social padecida históricamente por este segmento de la población”, indica el documento. “A pesar de la vigencia de legislación y políticas públicas destinadas a promover el desarrollo de la población afrocolombianas”, agrega, “el goce igualitario de derechos y la superación de la discriminación estructural continúan presentándose como un gran desafío para esta población, que permanece invisibilizada”.

II. Fundamentos jurídicos

El proceso Constituyente de 1991 significó un gran avance en el terreno jurídico para la población afrocolombiana. En primer lugar, el artículo 7° de la Carta Política hizo el reconocimiento de la existencia de una nación multiétnica y pluricultural al señalar que, “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

Adicionalmente, la Constitución en el artículo 13 estableció el principio de igualdad, señalando que “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 y libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

No obstante, el constituyente consciente de la desigualdad real entre los colombianos estableció que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

Sobre este trascendental aspecto conocido como acciones afirmativas y de discriminación positiva, la honorable Corte Constitucional ha dicho lo siguiente, entre otras, en la Sentencia C-044 de 2004:

“4. Una de las bases del Estado Social de Derecho es la consagración del principio de igualdad material, es decir, de igualdad real y efectiva, como expresión del designio del poder público de eliminar o reducir las condiciones de inequidad y marginación de las personas o los grupos sociales y lograr unas condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano (artículo 1° de la Constitución) y un orden político, económico y social justo (preámbulo ibidem).

Dicho principio está previsto en forma general en el mismo artículo 13, inciso 2°, superior, en virtud del cual “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”.

El mismo principio está contemplado en forma particular en varias disposiciones superiores, conforme a las cuales, entre otras, “el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia” (artículo 43, inciso 2°), “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (artículo 44, inciso 2°), “el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral” (artículo 45, inciso 1°), “el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia” (artículo 46, “el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran” (artículo 47), y el estatuto legal del trabajo tendrá en cuenta, entre otros principios, la “protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”.

El Estado desarrolla estos mandatos mediante las llamadas “acciones positivas” o “acciones afirmativas”, sobre las cuales ha expresado esta corporación:

“14. Como bien lo señalan algunos de los intervinientes, los mecanismos que contempla la ley estatutaria que se estudia son, en términos generales, acciones afirmativas. Con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan¹, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación².

“De acuerdo con esta definición, los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas. Pero también lo son, aquellas medidas que ordinariamente se denominan de discriminación inversa o positiva, y que se diferencian de las otras citadas por dos razones: 1. Porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, tal y como se explicará más adelante, y 2. Porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras³.

“(…)

“Las acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, están, pues, expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables.

“En síntesis, no toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria, pues como bien lo ha afirmado esta Corte, “mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales”⁴.

“Pero en últimas, lo que sucede es que en la discriminación inversa no se está utilizando el mismo criterio que sirve de base a la discriminación injusta. Para ilustrar esta afirmación con un ejemplo, mientras que en la discriminación que la Constitución prohíbe, a X se le otorga un tratamiento distinto por el simple hecho de ser mujer o ser negro, en los casos de discriminación inversa un tratamiento preferencial se otorga sobre la base de que X es una persona que ha sido discriminada (injustamente) por ser mujer⁵ o por ser negro⁶.

Por último, el artículo 176 de la Constitución estableció una circunscripción especial para minorías étnicas en la Cámara de Representantes, desa-

rollada por la Ley 649 de 2001, por medio de la cual se viene eligiendo dos representantes de las comunidades afrodescendientes en la Cámara baja del Congreso de la República.

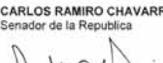
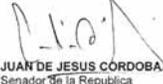
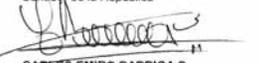
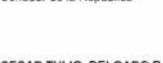
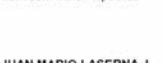
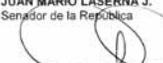
III. Alcances de la iniciativa

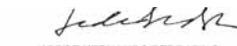
Este proyecto de acto legislativo pretende corregir una inequidad establecida con la población afrodescendiente en la Constricción de 1991, toda vez que el artículo 171 al definir la composición del Senado de la República incluyó la circunscripción especial indígena, dejando por fuera a la población afrodescendiente, a pesar de que constituye un número de colombianos mayor.

Dado que el Congreso de Colombia es bicameral se hace necesario asegurar la representación política de los movimientos de afrodescendientes en las dos Cámaras y no solo en la Cámara baja o Cámara de Representantes.

Por tal razón se propone adicionar el artículo 171 de la Constitución en el sentido de establecer una circunscripción especial de afrodescendientes en el Senado de la República, que elegirá dos (2) Senadores por el sistema de cuociente electoral. Para asegurar la vinculación de los aspirantes al movimiento afro se exige que quienes pretendan ser elegidos, deberán ser miembros de la respectiva comunidad y avalados previamente por una organización inscrita ante el Gobierno Nacional.

Con este proyecto de acto legislativo se pretende en últimas es abrir un espacio para que los propios dirigentes de las comunidades afrodescendientes lideren la lucha por la defensa de su cultura y las reivindicaciones económicas y sociales de esta olvidada población de Colombia.

 HERNÁN ANDRADE SERRANO Senador de la República	 JUAN MANUEL CORZO R. Senador de la República
 EFRAÍN JOSÉ CEPEDA SARABIA Senador de la República	 CARLOS RAMIRO CHAVARRO Senador de la República
 JOSÉ IVÁN CLAVIJO CONTRERAS Senador de la República	 JUAN DE JESÚS CÓRDOBA S. Senador de la República
 CARLOS EMIRO BARRIGA P. Senador de la República	 CESAR TULIO DELGADO B. Senador de la República
 CARLOS EDUARDO ENRIQUEZ M. Senador de la República	 NORA MARÍA GARCÍA B. Senadora de la República
 ROBERTO GERLEIN ECHEVERRÍA Senador de la República	 JUAN MARIO LASERNA J. Senador de la República
 JUAN SAMY MERHEG MARUN Senador de la República	 MYRIAN ALICIA PARDES A. Senadora de la República
 Harold Elvir	 Juan Carlos


JORGE HERNANDO PEDRAZA G.
Senador de la República


JOSE DARIO SALAZAR CRUZ
Senador de la República

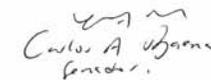

OLGA LUCÍA SUAREZ MIRA
Senadora de la República


GERMAN VILLEGAS VILLEGAS
Senador de la República


HEMEL HURTADO ANGULO
Senador de la República

JESUS IGNACIO GARCIA V.
Senador de la República

CARLOS AUGUSTO ROJAS O.
Representante a la Cámara


Carlos A. Rojas O.
Senador

YENSY ALFONSO ACOSTA C.
Representante a la Cámara

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL
(Arts. 139 y s.s. Ley 5ª de 1992)

El día 9 del mes de agosto del año 2011 se radicó en la Plenaria del Senado el Proyecto de Acto Legislativo número 08, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales por honorable Senador *Hernán Andrade*.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL
Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 9 de agosto de 2011

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2011 Senado, *por el cual se adiciona el artículo 171 de la Constitución Nacional, para fortalecer la representación afrodescendiente en el Congreso de la República*, me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. El mencionado proyecto de acto legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

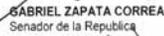
El Secretario General,

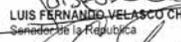
Emilio Otero Dajud.


LILIANA MARIA RENDON R.
Senadora de la República

LUIS EMILIO SIERRA G.
Senador de la República


FERNANDO TAMAYO TAMAYO
Senador de la República


GABRIEL ZAPATA CORREA
Senador de la República


LUIS FERNANDO VELASCO CH.
Senador de la República

EDINSON DELGADO RUIZ
Senador de la República

SILVO VASQUEZ VILLANUEVA
Representante a la Cámara


FVAB CHAR

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 9 de agosto de 2011

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de acto legislativo 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.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Juan Manuel Corzo Román.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

* * *

**PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO
NÚMERO 09 DE 2011 SENADO**

por el cual se modifica el artículo 29 y se adiciona un nuevo capítulo a la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

“**Artículo 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. **Toda ley en materia penal deberá corresponder integralmente a la Política Criminal previamente diseñada por el Estado.**

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Artículo 2°. Adiciónase un nuevo capítulo al Título VIII de la Constitución Política, con el siguiente tenor y contenidos:

CAPÍTULO VIII

Del Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria

Naturaleza y funciones

Artículo 257A. Créase el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, que tendrá a cargo la formulación de la Política Criminal del Estado.

la expedición de un cúmulo de normas, las cuales, las más de las veces, no obedecen a resultado de estudios políticos, criminológicos o sociológicos serios, sino al mero capricho de quienes las proponen o la aprueban, cuando no al interés de un sector de la economía o de la política, en desmedro de caras garantías fundamentales y principios inherentes al concepto de Estado social y democrático de derecho, tales como los de igualdad, legalidad, favorabilidad y proporcionalidad, para solo mencionar algunos de ellos”.

Y más adelante, advierte:

“La Corte hace saber que de continuar esa tendencia, los procesos penales que en condiciones de normalidad deberían terminar a la mayor brevedad posible a través de sentencias anticipadas proferidas de conformidad con el imputado, por fuerza de una normativa expedida sin contar con estudios criminológicos, sociológicos o estadísticos previos que le sirvan de fundamento, deben continuar su curso en etapa de juicio, surtir todas las fases ordinarias del trámite, y llegar incluso a casación, con el resultado de generar mayores grados de congestión en los despachos judiciales, incluyendo por supuesto la Corte, con evidente perjuicio para los derechos de las víctimas, los acusados y el conglomerado en general, pues mientras la sentencia no se encuentre en firme, no resulta de obligatorio cumplimiento”.

Para concluir diciendo:

“A lo expuesto, limita por ahora el tratamiento del tema, sin perjuicio de que en un futuro no muy lejano la Sala vuelva sobre lo mismo, seguramente con mayor extensión y profundidad, ahora limitadas por la naturaleza del pronunciamiento que emite, o lo trate en un escenario distinto al de dejar simplemente constancias escritas de haber advertido la posible incursión por parte del órgano legislativo, en lo que en principio podría ser catalogado como un desatino histórico, posiblemente de incalculables consecuencias políticas, sociales, económicas y jurídicas”.³

No es tarde, entonces, para abordar el estudio del tema y procurar solución racional al problema, reconociendo, en primer lugar, la existencia real de una grave inflación legislativa en materia penal y de procedimiento, que evidencia la tendencia a pretender solucionar los conflictos sociales acudiendo a la criminalización indiscriminada de conductas, al incremento de penas y al recorte o eliminación de prerrogativas propias e indispensables para el éxito del sistema procesal acusatorio.

Ese reconocimiento debe partir de la evidencia de que en la relación de proyectos en trámite, durante el período 2008–2010, en la Comisión Primera de Senado el 23% y en la Comisión Primera Cámara el 22% son reformas al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal y al Código Penitenciario.

La segunda y tal vez la más difícil reflexión, es la encaminada a dilucidar si la función legislativa en materia penal, que ha llevado a la mentada inflación, se ha fundado en estudios serios previos, encargados a expertos en derecho penal, criminología, sociología, psicología, economía o estadística, informática, penología, ciencias penitenciarias, etc., –sólo a guisa de enumeración ejemplificativa–, como lo demanda la magnitud del tema, que puedan persuadir al Congreso de la necesidad de implantar, reformar o derogar sin sobresaltos una específica norma penal o procesal penal.

Para acometer el ejercicio con la seriedad que amerita, debe comenzarse estudiando la Política Criminal del país, pues es este el núcleo sobre el cual gravita el cuestionamiento, que no es otro que el Congreso legisla soslayando el derrotero que debe gobernar la política pública encaminada a enfrentar aquello que turba profundamente el orden social y que se conoce como delito.

II. POLÍTICA CRIMINAL

1. Competencia

No está en discusión que corresponde al legislador regular y desarrollar la Política Criminal del Estado, como categóricamente lo dejó sentado la Corte Constitucional:

“Conforme lo enseña la jurisprudencia de esta Corporación, el Estado, como titular del ius puniendi, es el llamado a fijar los lineamientos de la política que en materia criminal ha de aplicarse para posibilitar la convivencia pacífica en sociedad y para asegurar la defensa de los valores, derechos y garantías ciudadanas (...)”⁴

Y, claro, es obvio que tal potestad se ejerza mediante la expedición de leyes:

“De acuerdo a la estructura de nuestro sistema jurídico, el desarrollo de la política criminal del Estado se lleva a cabo a través del procedimiento democrático de adopción de leyes, por lo que debe entenderse que su definición y regulación corresponde exclusivamente al Congreso de la República quien, con la colaboración del gobierno y de otras autoridades públicas, le atribuye fuerza vinculante en atención a una filosofía punitiva preestablecida”.⁵

Pero esa facultad legislativa no puede ser ni ciega ni absoluta; por el contrario, está sujeta a específicas condiciones, sin cuya observancia se cae en el peligro del abuso, o la deslegitimación, y se bordean los terrenos de la arbitrariedad, riesgos que no pueden correrse sabiendo de la naturaleza democrática y social del Estado colombiano.

Algunos de esos límites han sido trazados por vía de la jurisprudencia constitucional:

“Ahora bien, en la medida en que el propio constituyente se ha ocupado de incorporar al ordenamiento constitucional valores, principios, reglas, postulados y presupuestos –de contenido

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación. Radicado 29053

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-762 de 2002. Expediente D-3972.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 1995, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

sustancial y procedimental- , que se proyectan sobre el conjunto de los derechos fundamentales y comportan una garantía para el ejercicio legítimo de los mismos, el margen de autonomía y discrecionalidad reconocida al legislador, en particular para ejercer el poder punitivo del Estado, no es del todo absoluto pues se encuentra limitada y subordinada a los mandatos que en esa materia emergen de la Carta Política, los cuales a su vez se convierten en criterios de obligatoria observancia dentro del proceso de adopción de la legislación penal” (Lo resaltado es ajeno al texto)⁶.

Es de singular importancia destacar que en el examen de constitucionalidad que la Corte Constitucional ha hecho de la actividad legislativa penal del Congreso, ha reivindicado y erigido como frontera del ejercicio de esa actividad, la aplicación del derecho criminal como última ratio, lo que implica ver a esta concreta forma de control social formal como herramienta rigurosamente subsidiaria y residual, sólo aplicable como instancia extrema, luego de verificar el fracaso de opciones de menor contenido represivo (control social informal). De hecho, el derecho penal solo debe actuar cuando todas las formas de control social, formal e informal, fracasaron.

Esto ha dicho la Corte al respecto:

*“Ciertamente, en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política, al Congreso se le asignan la función específica de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y de regular en su totalidad los trámites judiciales, de manera que, en ejercicio de tal atribución, este goza de un cierto margen de autonomía o configuración política, tanto para definir cuáles son los comportamientos humanos que merecen reproche penal –señalando la respectiva sanción e intensidad de la misma–, como para diseñar los procedimientos que conduzcan a establecer la veracidad de los hechos y la responsabilidad penal de quienes resulten involucrados en la comisión de una determinada conducta delictiva. **Todo ello cuando se llegue al convencimiento de que es imprescindible apelar al derecho penal como última ratio para defender determinados intereses jurídicos”**.* (Las negrillas no pertenecen al texto).⁷

Aunque resulte obvio, debe recalarse que para lograr una tarea legislativa como la que con tanto énfasis se demanda y adquirir legitimación en la misma, es imperativo obtener información seria, que sólo puede lograrse mediante metódicos, juiciosos y autorizados estudios previos, que en últimas, soporten la necesidad de expedir leyes penales. No hacerlo así, se reitera, posibilita caer en los terrenos de la improvisación, generando de contera resultados diversos a los perseguidos.

Sólo para abundar en razones, viene bien resaltar el anterior aserto, con los siguientes apartes

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-762 de 2002. Expediente D-3972.

⁷ Ibidem.

de la sentencia de constitucionalidad que ha servido de guía a este proyecto:

“De este modo, respetando los límites materiales a que se ha hecho expresa referencia, y en general aquellos presupuestos que para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales señala o describe la Constitución Política, el legislador, consultando la exigencia de tutelar bienes jurídicos superiores, la fenomenología social y el perjuicio o daño que algunas conductas humanas puedan ocasionar al interior de la comunidad, se encuentra plenamente habilitado para adoptar la política criminal del Estado y, por su intermedio, para crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de estas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los compartimientos penalizados, como también para modificar y complementar los procedimientos de juzgamiento preexistentes”. (Lo resaltado no pertenece al texto).

Desde luego que tal propósito no se alcanza si no es, *“tomado como referente válido las circunstancias históricas del momento y las diversas situaciones de orden coyuntural que se generan al interior de la comunidad, atribuibles a una dinámica social, política, económica e incluso cultural de permanente cambio y evolución”*.⁸

2. Acercamiento al concepto de política criminal

Para hacer **Política Criminal** se debe saber qué es Política Criminal. A continuación exponemos un enfoque muy general del concepto.

Según el profesor y hoy Magistrado de la Suprema Corte argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni, pocas expresiones han dado lugar a mayores equívocos que la de “política criminal”⁹. Y en el propósito de acercarnos al tema, comienza con esta irónica definición:

“Por política criminal puede entenderse una “escuela” que aspiró a entender que la política criminal era la acción del Estado contra el crimen, conforme a los resultados de la investigación criminológica entendida como ciencia empírica”.¹⁰

La anterior definición, nutrida de clara influencia positivista -que naturalmente el autor no reseña como fruto de sus propias deducciones ni experiencias, ni la citamos por compartirla- nos sirve para identificar las disciplinas que junto a la política criminal cumplen un papel específico en el ámbito de lo que podría denominarse “sistema de justicia criminal” que se construye, según Zipf,¹¹ sobre las tres siguientes bases: la criminología, el

⁸ Ibidem.

⁹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, 1987. p.149.

¹⁰ Ibidem. p.150.

¹¹ ZIPF, HEINZ. Introducción a la Política Criminal. Madrid: Edersa. 1979. p.12. Este es su pensamiento: “la imagen total de la justicia criminal como un edificio que descansa sobre tres pilares: La Criminología, El Derecho Penal y la Política Criminal”.

derecho penal y la política criminal. Algunos autores incluyen también a la penología, en lo que toca al derecho penitenciario o de ejecución penal, que abarca el estudio de las sanciones penales, su aplicación, ejecución y efectos pospenitenciarios.¹²

El papel específico de la **política criminal** en el esquema de las ciencias penales, es entonces, recoger los resultados de las investigaciones sobre un tema específico de la criminología; hacer con ellos un estudio crítico y prospectivo de la normatividad penal existente, y de las instituciones encargadas de regular determinado fenómeno social, con miras a determinar los aspectos perturbadores o ineficaces y plantear reformas legislativas, e incluso directrices de hermenéutica judicial, que propugnen por la prevención y represión efectiva del delito. Es una disciplina del deber ser, con fundamento empírico y con vocación de contar con herramientas aplicables a las necesidades del momento.

El concepto que encierra el discurso precedente, parece no tener resistencia en el pensamiento de una gran parte de autores, que de alguna manera se han referido al tema, a juzgar por las definiciones que proponen. Por ejemplo, Von Liszt haciendo expresa representación de su escuela, define la política criminal como el “Conjunto sistemático de principios –**garantizado por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena**–, según los cuales dirige el Estado la lucha contra el crimen por medio de las penas y de sus formas de ejecución”.¹³ Manzini, que prefiere utilizar el término de “política penal” dice que es “el estudio de las posibilidades y de las oportunidades legislativas presentes, para promover la formación de normas penales adecuadas al fin”.¹⁴

Zipf, define la política criminal como la “obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal” y que la dogmática penal “será en el futuro lo que lleve a cabo la política criminal”.¹⁵ En nuestro ámbito nacional, el ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y reconocido catedrático del derecho penal, Álvaro Orlando Pérez Pinzón, acierta al decir que la **política criminal es la “ciencia encargada de la creación, reforma, modificación o supresión de las normas penales, sobre la base de la investigación criminológica y penológica”**.¹⁶

Por su parte, el catedrático Fernando Velásquez Velásquez toma en consideración el concepto en dos sentidos: uno amplio, según el cual “Puede entenderse la política criminal como la política jurídica en el ámbito de la justicia penal”; y otro estricto, que concibe “como la disciplina que se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la

forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección a la sociedad”.¹⁷ Así, se fija en la efectividad de las normas existentes y la eficacia en general de la sanción penal, para poder emprender los correctivos a que hubiere lugar o mantener, de acuerdo a su operatividad práctica, los instrumentos existentes.

Deviene de lo anterior, que la política criminal guarda estrecha relación e interdependencia tanto con la dogmática penal como con la criminología, en dos facetas: una crítica y otra constructiva. **Crítica**, si analiza con fundamento cuestionador las bases legislativas existentes, la oportunidad de implementar normas incriminadoras, la adecuación e idoneidad de las medidas vigentes, y tras de dicho estudio, indica los cambios o preservación de la legislación penal operante. El oficio **constructivo** de la política criminal, se centra básicamente en la formulación de reformas legislativas, y en la búsqueda e identificación permanente y constante de las formas de lucha contra los brotes de “delincuencia”.

Así, el derecho penal no es sino el fruto material que emana de la política criminal. Entre tanto, la criminología se constituye en el fundamento orientador del que indefectiblemente se vale la política criminal en el proceso de revisión y construcción de la dogmática penal y de las instituciones utilizadas para prevenir y reprimir el “delito”.

Empero, es forzoso considerar que la política criminal -como una disciplina de la que se vale un Estado para acomodar su legislación penal e institucional penal- está cargada de una importante función crítica, y por ello no puede marginarse de las posiciones políticas generales que inspiran un específico modelo de Estado; es como lo anota con razón Velásquez Velásquez,¹⁸ **la política criminal no es sino una parcela de la política general desplegada por un Estado**, y siendo así, imposible negar una estrecha y bien dependiente relación entre ellas. Lo importante es saber que el ámbito de aplicación de aquella, está supeditado por los lineamientos esbozados por esta, en lo que atañe específicamente al espacio de la criminalidad, su prevención, represión y, en general, cómo combatirla para minimizar o al menos disminuir sus consecuencias. **Es la política estatal misma, circunscrita al tema del delito.**

Saber de esa relación, es saber también que si la política es como dice Zaffaroni¹⁹, **“el arte de materializar la idea”**, **la política criminal se encarga, a través de la norma penal, de materializar el concepto que una organización social tiene respecto al delito y su manera de enfrentarlo**. Piénsese cómo frente a una revolución política, el advenimiento de una adecuación normativa penal es inmediato, con lo que se asegura el mantenimiento de sus conquistas, para imprimir con carácter represivo el nuevo orden.

¹² Cita de EUGENIO CUELLO CALÓN, hecha por FERNANDEZ CARRASQUILLA, JUAN. Op. Cit. p. 4.

¹³ Citado por LANGE, Emilio. Teoría de la Política Criminal. Madrid: Reus, 1927. p.p. 16, 17.

¹⁴ MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, 1948. Vol.1. p.p. 57 – 59.

¹⁵ ZIPF, Heinz. Op. Cit. p.p. 4, 6.

¹⁶ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Diccionario de Criminología. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1978. p. 144.

¹⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. Op. Cit. p. 21.

¹⁸ Ibídem. p. 21.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 152.

Creemos suficientes, por su innegable elocuencia, las palabras de **Manzini** al prevenir que “la política, fundando sus directrices sobre un conjunto de concepciones patrióticas, económicas, morales, religiosas, estéticas, científicas, etc., es la más asidua fuerza vivificadora del derecho y la más rápida y atenta indicadora de los intereses merecedores de consideración jurídica, es la única energía que impulsa a la formación del derecho objetivo; y a veces interviene también en la aplicación y en la interpretación del mismo”.²⁰ El derecho penal es también una parcela del derecho en general, que como construcción de la política criminal, lleva implícita necesariamente esa “carga genética” de la política general del Estado. Y el nuestro, reiteramos, es Social y Democrático de Derecho.

Lo anterior conduce inexorablemente a buscar respuesta a interrogantes como este: Si la norma jurídica presupone una decisión política, si la ley penal es hija de la decisión política, ¿cuál es entonces esa decisión política que se hace presente en el derecho penal? Una respuesta crítica a la pregunta, conduce necesariamente a explorar las bases ideológicas en las que se construye un sistema.

Debido a que, la norma penal no puede estar marginada del contexto jurídico general de un Estado, es inexcusable la obligación legislativa de adecuar su ordenamiento a los parámetros constitucionales, ubicados en la parte dogmática, que como se sabe, son los principios políticos que sirven de norte para toda la gestión pública, incluida la actividad legislativa. **Bien sabido es, que en nuestro esquema constitucional, el derecho penal encuentra legitimación sólo si está destinado a la protección de esenciales bienes jurídicos.**

Entendido que el Estado utiliza la ley como instrumento idóneo de control social formal, debe esperarse una política criminal rígidamente sustentada en una criminología acrítica y complaciente con el régimen, papel que ha jugado la criminología positivista a instancia de las clases dominantes en los estados que consideran indispensable ahondar los mecanismos de control social formal.²¹

Sin embargo, hoy, la situación no puede ser tomada con la pasividad conceptual que en tal discurso salta a la vista. Con la aparición de los estados modernos que pregonan matricularse en el modelo de Estado “Social de Derecho”, aflora el deber de romper el paradigma tradicional que ubica la criminología y, por ende, la política criminal, –tradicionalmente serviles del sistema–, para volverlas dinámicas, críticas y bebiendo por obligación de la misma fuente superior, que las ata al

concepto de lo humano por encima de todo, que guía a esa forma de Estado Social.

En el contexto de esa nueva orientación, y como ya no cabe sostener el sofisma de que el delito no admite cuestionamiento alguno porque es una entidad ontológica inexpugnable, y que tanto el delito como el delincuente son construcciones artificiales del propio Estado, es claro que en este recae en gran medida la carga como corresponsable de lo que denominó “delito” y de las consecuencias de haber rotulado al hombre como delincuente. Ello, porque en el esquema de Estado “Social de Derecho” surge imperativa la obligación estatal de velar por las garantías de todo ciudadano, sin tomar en cuenta las desigualdades propias del manejo económico o de la cultura, y si las considera, debe hacerlo para reducir la brecha formada por el reparto injusto de la riqueza y de la desigual educación.

Tal obligación implica no sólo la potestad de castigar las conductas que el ordenamiento considera prohibidas, sino básicamente ofrecer un ambiente refractario a dichos comportamientos. Es más, quedaría francamente en entredicho la facultad de criminalizar conductas, frente al incumplimiento del mencionado deber.

Si las cosas son de ese tenor, la criminología tradicional no sirve sino como una triste referencia histórica. No cabe en el esquema del Estado “Social de Derecho” una criminología que se dedique al estudio etiológico del delito, ignorando las razones precedentes que inspiraron la necesidad de considerarlo como tal. Las propuestas de hoy, imponen una criminología con visión crítica, que no se detenga en el análisis causal-explicativo del hecho punible, sino que se interne en las propias entrañas del proceso de criminalización, cuestionándolo con reciedumbre, así como las medidas estatales, si estas están simplemente destinadas a reprimir a toda costa y por encima de todo, aquello considerado delictuoso.

El servicio que la criminología debe prestar en un Estado Social de Derecho, que en nuestro sentir debe ser eminentemente humano y crítico –en el sentido estricto de la palabra– es consolidar una política criminal que no sea tributaria de un esquema de injusticia social, sino dirigida a desmontar los aspectos que traducen iniquidad y selectividad. En consecuencia, si una práctica penal, ya sea dada por el contenido de la ley, o debido a instrucciones hermenéuticas, viaja en contravía del catálogo internacional de Derechos Humanos y de los Derechos y Garantías Procesales reconocidos en Tratados Internacionales, deberá ser reconsiderada en su aplicación, ya sea para plantear los correctivos necesarios, ora para propender por su derogación. Sólo así, puede hablarse válidamente de una verdadera política criminal, que cumple el papel esencial de ser garante de los postulados que inspiran la filosofía del Estado Social de Derecho.

La criminología crítica, entonces, encuentra carta de naturaleza en un Estado del corte estudiado (que corresponde a la naturaleza constitucional

²⁰ MANZINI, Vincenzo. Op. Cit. p. 53.

²¹ Así lo nota Fernando Velásquez Velásquez esta parte del tema: “...y, por el empleo como herramienta política por parte de la clase dominante en los países surcontinentales, de la concepción más tradicional y retardataria de la criminología”. Ver: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit. p. 8.

del Estado colombiano), en donde no le puede estar vedado cuestionar formas arbitrarias y desproporcionadas de control social formal; debe ser la piedra en el zapato, la gestión que destina sus esfuerzos a desmontar la máscara de una sociedad desigual que utiliza el poder para mantener el disfrute nacido de privilegios hegemónicos. Para ello debe valerse de determinadas propuestas, como la utilización del derecho penal como “*última ratio*”, válido solo y en la medida del fracaso de otras instancias; y en ese orden de ideas, procurando la efectividad del planteamiento de un “Derecho Penal Necesario”, porque la denominada “huida al derecho penal”²² o “hipertrofia legislativa”²³, lejos de cumplir con los cometidos estatales en busca de resultados en la lucha contra el delito, ha sido factor que extrañamente y como un bumerán, rebota en contra de su lanzador.

Si luego de estas consideraciones, procuramos unas normas penales coherentes con la realidad histórico-social y económica de nuestro país, que sean respetuosas de los valores promovidos por la orientación social del derecho, que no son otros que la dignidad humana, la justicia real, la libertad, la autonomía, la igualdad, la racionalidad, etc., estaremos cerca de lograr el cambio que la criminología crítica se encargará de procurar.

Así estaría más a tono la definición que de política criminal hace el profesor Álvaro Orlando Pérez Pinzón, cuando señala que “*es el conjunto de medidas de que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad y la criminalización*”. (Lo resaltado es ajeno al texto).²⁴ E importa esta definición, porque aún siendo elemental incluye el concepto de “**criminalización**”, para no descuidar la realidad de que dicho proceso, que se encuentra bajo la responsabilidad del Estado (y más precisamente, del Congreso de la República), es y debe ser un objetivo diario de revisión, en el marco de una organización social que se ufana de seguir pautas sociales, democráticas y de derecho, como lo pregonaba la Constitución Política de 1991.

3. El derecho penal como expresión práctica de la política criminal

En todos los tiempos, los teóricos se han ocupado en explicar el papel fundamental y genérico que cumple el derecho en un Estado. Abolida toda forma de arbitrariedad en el manejo del poder y en la utilización del mismo para impermeabilizar el disfrute de beneficios individuales, **el derecho es el instrumento que permite mantener un orden social determinado. Es el arma que suple la fuerza física, aunque esta sea su garantía de efectividad.** No existe organización social que, salvo tristes excepciones, no utilice el derecho como base sobre la cual construye su desarrollo en un ambiente de cordialidad y disciplina.

El derecho penal, como parte integrante del derecho en general, no puede sustraerse de concurrir al cumplimiento de esa función. A través de la sanción, castigando a los díscolos e inconformes con las normas de convivencia y previniendo a los demás sobre las graves consecuencias del desobedecimiento, mantiene el orden establecido. **El sistema penal es el brazo fuerte del derecho, porque en su operatividad lleva implícito el poderío del Estado. Es lo que se conoce como la violencia de la amenaza penal.**

Pero si el derecho busca en últimas lograr la convivencia pacífica de los asociados, el sistema penal, como apéndice que es de aquel, no obstante su potencial capacidad de causar daño y sufrimiento, delimita su accionar al mandato de los postulados que gobiernan al Estado; si es de “Derecho”, y mucho más, si es “Social de Derecho”, pues entonces no basta pregonar la consagración formal de garantías a los ciudadanos, sino que debe obligarse a que dichas garantías se lleven a cabo real y materialmente. Es la búsqueda del desarrollo humano, en un ambiente de respeto a las condiciones consustanciales del hombre, que el Estado debe procurar, so pena de caer en el despotismo y la arbitrariedad.

Siendo así, resultaría simplemente contradictorio que mientras el Estado a través del derecho en general, intenta el libre desenvolvimiento del ser humano, por el mismo derecho (el penal), se encargara de desconocer sus potestades y derechos fundamentales. **Por eso, hoy se dice que el derecho penal debe indefectiblemente circunscribir su actividad al marco del respeto y consideración de los Derechos Humanos. Es la humanización del brazo fuerte y violento del derecho.**

Por las mismas razones los estudiosos le atribuyen al derecho penal unas funciones, que a pesar de su naturaleza intrínseca de lesividad, no desdibuja su proveniencia y ubicación, como parte del derecho en general. Alf Ross, dice que “*la técnica del derecho es empleada para la solución de problemas sociales, cualquiera sea el objetivo de estos...*”²⁵ En la misma línea Enrique Bacigalupo, enseña que “*la normatividad penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social*”²⁶ Muñoz Conde sostiene que “*La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular...*”²⁷ Fernández Carrasquilla, por su parte, itera que con el derecho penal, detrás del castigo “*...se previenen los nuevos atentados, no solo por la intimidación que la pena genera en quien la sufre y en sus coasociados, sino también porque por medio de la conminación y ejecución de las penas pre-*

²² En palabras del profesor Juan Fernández Carrasquilla.

²³ Como la han denominado tanto la Corte Suprema, como otros estamentos de la Academia.

²⁴ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Curso de Criminología. Santa Fe de Bogotá: Forum Pacis, 1994. p. 121.

²⁵ Citado por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental. 2 ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998. p. 11.

²⁶ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal: Temis. p. 1.

²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito: Temis. p. 9.

forma y refuerza en la comunidad la conciencia de los fundamentales valores de la convivencia".²⁸

Empero, otra cosa es lo que muestra la criminalización desmedida de comportamientos. La tendencia legislativa advertida en los últimos tiempos, dirigida a la creación constante de delitos, al aumento no meditado de penas y al recorte sistemático de beneficios judiciales, no ha atajado el creciente estado de descomposición que reina en Colombia. Las estadísticas reveladas por el Director del Inpec en la edición del 2 de agosto de este año, en el diario *El Tiempo*, son elocuentes: **Durante el mes de julio de este año ingresaron a los centros de reclusión 4.674 personas y salieron en libertad 1.327, lo que indica un aumento de 3.347 en un solo mes, hecho este que elevó a 30.77% la sobrepoblación carcelaria.** Quizás el ejemplo más relevante se da en el fenómeno del secuestro, delito atroz y abominable que no para, pese a las altísimas penas contempladas para sus ejecutores y a la minimización de los beneficios procesales.

En síntesis, está aumentando el delito, a pesar de la cantidad de las normas penales expedidas sin estudio alguno, lo que indica que hay que hacer un alto en el camino.

4. El contexto social y las causas particulares que generan el fenómeno criminal, como referente obligado para el ejercicio legislativo en materia penal

Se sostiene, con razón, que las normas jurídicas van de la mano con el desarrollo social. O mejor: que el derecho es reflejo de los sucesos sociales, en tanto está encargado de regular las conductas en sociedad, a efecto de lograr la convivencia pacífica. La medida de la necesidad jurídica, la impone la necesidad social. Si el derecho se queda corto, deviene el caos, el desorden y la anarquía; si hay desborde, hay uso arbitrario del poder de legislar y el Estado se torna despótico y de contera, ilegítimo.

Entonces, para guardar el equilibrio entre la necesidad social y la jurídica, el legislador no puede dejar de lado el conocimiento de las particularidades sociales, pues que ellas determinan el alcance de la potestad de legislar, conocimiento que no puede quedarse en el plano de las suposiciones, en tanto que debe fundarse en las conclusiones derivadas de estudios llevados a cabo con el mayor rigor científico.

Dada su capacidad intrínseca de lesividad, el derecho penal, más que otros, requiere el conocimiento científico de las circunstancias sociales en que el fenómeno a reglamentar se desenvuelve. **Convertir una conducta en delito, entonces, implica saber de su necesidad, concluir que no existen mecanismos alternos y menos severos, o diferentes, para resolver el problema, pero por sobre todo, conocer los orígenes y ambiente en que se desarrolla, sin correr el riesgo de**

implantar soluciones equivocadas, pues no debe olvidarse que nuestro Estado, a través de sus normas legales, busca incesantemente un orden social justo, como lo dice el preámbulo de la Constitución Política.

Una de las críticas más recurrentes que se hacen a Estados como Colombia, es su marcada tendencia a buscar el derecho penal, cada vez que se asoma un suceso social que demanda intervención oficial. Es el instrumento de control por antonomasia. Previo al procedimiento de creación de normas penales, no hay estudios serios que hablen de su necesidad o rechazo. Tal circunstancia, sucedida a espaldas de la realidad social, fatalmente muestra su fracaso. Es la consecuencia obvia de la improvisación.

El profesor **José Francisco Martínez Rincónes**, toma una cruda radiografía del actuar legislativo en los países occidentales, cuestionando con severidad la manera como se hacen las leyes penales, a despecho de los requerimientos sociales, que claman por la medida. El desconocimiento de la realidad social, en la formación de la norma penal, lleva a los estados a olvidar también que hay otras formas de atacar los fenómenos que atentan contra la sociedad, entre las cuales y como la más adecuada se caracteriza la **política de prevención**. En alguno de sus apartes, **Martínez** dice:

"En su vieja contumaz lucha contra la delincuencia el Estado ha fracasado. El estudio científico de las particulares razones de esta derrota pudiera generar un interminable documento; sin embargo, puede decirse en resumidas cuentas, que este fracaso se debe a la ausencia de una científica y evidente política criminal fundamentalmente preventiva".²⁹

Para el caso de Colombia, explícitamente **Pastor Alberto Acevedo**, culpa a los juristas de desconocer la realidad social, cuando de crear leyes de tipo criminal se trata y, por ende, les atribuye responsabilidad en los fracasos de las mismas. Estas son algunas de sus ideas:

"Una primera consecuencia es ya posible plantear: al encomendar el Estado a los juristas y abogados la misión de hacer las leyes (códigos, decretos, etc.), le ha entregado la elaboración de normas para aplicar en el país, a quienes no conocen la realidad de este país, a quienes carecen de una mínima solvencia teórica en otras disciplinas, que de tenerla, les posibilitaría comprender la realidad para la cual elaboran las normas. En este trabajo quiero afirmar que la normatividad vigente en el país, está totalmente desfasada de la realidad en la cual sirve, como mandato para la administración de justicia penal".³⁰

²⁸ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op. Cit. p.35, 36.

²⁹ MARTÍNEZ RINCONES, José Francisco. Prevención Integral del Delito. En: Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Vol. 7, N° 14 (1986); p.p. 87-98. En este ensayo el profesor venezolano hace énfasis en la necesidad de conocer la realidad social, tras la realización de estudios científicos, donde tiene cabida una política de prevención.

³⁰ ACEVEDO H., Pastor Alberto. Op. Cit. p. 71.

En el plano de la violencia, que resulta ser una triste realidad en nuestra patria, **Acevedo** hace esta consideración:

*“No es de extrañar, entonces, que los escenarios donde se discute hoy sobre la violencia, sus causas y soluciones, los abogados y los juristas, cuando se presentan, lo hagan llevando únicamente propuestas de expedición de leyes y decretos, y fundamentos con una profunda elaboración teórica, para modificar códigos y reglamentos. Los abogados, en su formación y a consecuencia de ella, han sido por completo enajenados de la realidad para la cual legislan, o en la que ejercen la función de administrar justicia penal”.*³¹

Adicionalmente, una concepción sería exige como presupuesto inexorable en la búsqueda de solución a un problema, —sin olvidar otros requisitos— la evaluación de las causas que lo generan. Si se ignoran los motivos que causan el fenómeno, no se podrá válidamente ofrecer soluciones. Por eso es indispensable explorar la idiosincrasia del colombiano, sumido hace rato en una violencia sin cuartel, que de alguna manera toca a todos. Por ello, no puede desprender el investigador de su agenda, la posibilidad de deterioros psicológicos en las personas, que a punta de percibir violencia por doquier, adquieren una predisposición a desarrollarla en su medio.

Si admitimos esto como posible, también debe aceptarse que el tratamiento estatal no puede ser exclusiva y excluyentemente punitivo. Mas, si llegare a imponerse la necesidad de acudir al derecho penal, que ello sea el fruto de razones tan serias, que persuadan de la necesidad de obrar de esa forma por concluirse que no hay mecanismos alternos de solución, para que no implique improvisación ni abuso de la función legislativa.

a) El control social como medio de medida en la función legislativa penal

*“Entendemos por CONTROL SOCIAL al conjunto de sistemas normativos e instituciones que permiten, mediante estrategias de socialización y procesos selectivos, asegurar la fidelidad o el sometimiento de las personas a los valores del orden social preestablecido”.*³²

Para lograr estos cometidos, fundamentalmente se acude a dos formas de intervención: una, la denominada primaria o de control informal, a cargo de ciertas instituciones, no directamente vinculadas con la función oficial del Estado y que tienen cobertura en toda la sociedad. Trabajan en ese campo, el estamento educativo, el sistema laboral, la religión, la familia, etc. Su rol se resume en tratar de que la sociedad introyecte la necesidad de acoger ciertas normas de carácter abstracto, generalmente de índole ética o moral, que comportan recompensas igualmente abstractas y generales, como la consecución de ascensos, estatus, respeto,

prestigio, del cielo, etc. Si la sociedad se ciñe a los parámetros de conducta que fijan estas instituciones, hay paz y armonía, pero sobre todo, resulta innecesario implantar instrumentos de otra especie, que pueden resultar, al contrario, contraproducentes.

Solo en la medida en que fallen estos primarios mecanismos de control social, se acude a la llamada “Socialización Secundaria” o control social formal, que ya no está dirigida a toda la sociedad, sino solamente a los pequeños grupos o individuos disidentes, y que en lugar de gratificaciones generales, anuncian e imponen castigos concretos. La ley, la prisión, el reformatorio, la privación o suspensión alternativa de derechos civiles, el ejército, la policía, el manicomio, las instancias judiciales, etc., son ejemplos de esta forma de aconductamiento.

De lo dicho, surge una conclusión natural: las formas de control social formal son la actitud extrema del Estado, en tanto que se justifica su aplicación solo en la medida en que la “Socialización Primaria” resulte ineficaz. Así, frente a la aparición de fenómenos sociales peligrosos para la estabilidad del orden establecido, debe el Estado, ante todo y sin apresuramiento, enfatizar en la búsqueda de formas que regulen la situación, a través de instancias diferentes a las leyes, porque estas, como ya se dijo, forman parte de los instrumentos directos (formales) de control. La utilización desmedida de estos mecanismos, lleva a su desprestigio y revelan debilidad en el sistema establecido.

Siendo reales, no se tienen datos que informen que, la penalización recurrente de conductas en Colombia, haya sido precedida de una acción estatal dirigida a controlar el fenómeno con otros medios. De allí, que desconozcamos si mecanismos alternos pudieron servir para atajar o solucionar el problema.

5. La función legislativa debe inscribirse en el concepto de “derecho penal como última ratio”

Desde tiempo atrás, los teóricos cuestionan la manera cómo algunos Estados acuden desproporcionada e innecesariamente a la penalización o al aumento inusitado de sanciones. Tras develar los abusos, inconsistencias, causación de daños irreparables para la víctima, el victimario, sus familias y, en general, para todos los intervinientes, pero sobre todo, revelada la ineficiencia en el logro del propósito que inspiró la nueva ley, se plantean teorías que van desde el abolicionismo, hasta otras menos radicales y más conciliadoras, como las del “Derecho Penal Mínimo”; misma que, aún compartiendo los argumentos de los abolicionistas, propone la existencia del derecho penal, pero supeditado a extrema necesidad³³. Por ello, **hoy se**

³¹ ACEVEDO H., Pastor Alberto. Op. Cit. p. 70.

³² MORA CASTILLO, Efraín. Control Social Formal o Control Total. En: Revista de Abogados Penalistas del Valle. Vol. VII. N° 13. Marzo. 1985.

³³ El máximo representante de la Teoría Abolicionista es LOUK HULSMAN, mientras que del Derecho Penal Mínimo es exponente ALESSANDRO BARATTA. En nuestro país JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Ver sus exposiciones en ANIYAR DE CASTRO, Lola. La Nueva Criminología y lo Criminalizable. En: Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Vol.8. N° 15. (mar. 1985); p.p. 47 – 56.

habla de un derecho penal que sustente y legitime su existencia en los Derechos Humanos”.³⁴

Al menos en el ámbito iberoamericano, esta es la teoría que parece tener mayor acogida, pues que el abolicionismo es propuesta realmente inaplicable. En todo caso, considerando los datos empíricos, nadie parece partidario de un tratamiento punitivo a ultranza, para los fenómenos sociales a regular. La despenalización, la descriminalización, el derecho penal como *última ratio*, la conciliación, son entre otros, mecanismos que se desprenden de la necesidad de evitar el tratamiento penal a los conflictos sociales.

Una frase de **Michel Foucault** resume porqué el sistema penal y la cárcel como su consecuencia, son altamente inconvenientes por ineficaces. Dice el maestro: **“Las prisiones no disminuyen las tasas de criminalidad: se puede muy bien extenderlas, multiplicarlas o transformarlas, y la cantidad de crímenes y de criminales se mantiene estable o, lo que es peor, aumenta...”**³⁵ Y desde **Beccaria**³⁶ (S. XVIII), **ya se afirmaba que lo que inhibe al hombre de cometer un delito, no es precisamente la drástica de las sanciones, sino que, aún siendo leves, estas se cumplan estrictamente.**³⁷

Ya se hizo referencia *supra*, a la infortunada tendencia del Estado colombiano de orientar su política criminal a la creación desmesurada de delitos, al incremento desmedido de penas y al recorte inusitado de prerrogativas procesales, aspectos que preocupan, no solamente porque van en contravía de orientaciones teóricas de la modernidad que aconsejan ensayar alternativas menos severas que el derecho penal, sino que atentan contra la filosofía de Estado plasmada en el Acto Legislativo 03 de 2002, que implementó el sistema penal acusatorio, cuya vigencia y eficacia se basan en el llamado “Derecho Premial”, que implica, indefectiblemente, la concesión de beneficios para quienes son procesados a cambio de que su asunto se termine abreviadamente por las vías negociadas y de colaboración.

Por lo demás, no es real que un Estado que acude recurrentemente al derecho penal sea fuerte, pues lo que desnuda es una gran debilidad, sobre todo en principios y valores, porque evidencia que sólo puede conjurar sus problemas echando mano de su sistema jurídico represivo, es decir, por la fuerza. Y la fuerza no significa una mejor convivencia.

6. HACIA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL

³⁴ MALINOWSKI, Bronislaw. Una Teoría Científica de la Cultura. Buenos Aires: Sudamérica, 1970. p.109. Sobre el tema y sobre la Teoría del Derecho Penal Mínimo, se expresa en Colombia FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op. Cit. proemio y p.p. 10 – 33.

³⁵ Cita de MARTÍNEZ RINCONES, José Francisco. Op. Cit. p. 87.

³⁶ BONESANO, Cesare, Marqués de Beccaria, (Milán, 15 de marzo de 1738 - 28 de noviembre de 1794), fue un literato, filósofo, jurista y economista italiano.

³⁷ BECCARIA, César. De los Delitos y de las Penas. Madrid: Aguilar, 1969.

De lo aquí expuesto, pueden extraerse las siguientes convicciones, surgidas de un franco acto de contrición y de la verificación palmaria de la realidad:

1. El Estado colombiano ha tenido una tradición legislativa dirigida a la huida al derecho penal; esto es, ha adoptado una dirección inequívoca hacia la creación sistemática e incontenible de delitos, al incremento de inusitado de penas y a la supresión de beneficios judiciales. Es decir, más fuerza, menos libertad y menos garantías.

2. Constituye una verdad incontestable que la sociedad ha incubado sin reticencia en su mente, la equivocada idea de considerar al derecho penal –y la cárcel como su natural consecuencia–, como la única herramienta estatal idónea para enfrentar los agudos y diversos problemas que azotan y de vieja data a nuestro país.

3. Que lo anterior explica la actitud recurrente del Congreso, de presentar, igualmente en forma sistemática y recurrente, proyectos de ley dirigidos a reformar el sistema penal.

4. Que tales proyectos se convierten con relativa facilidad en leyes de la República, sin que les haya precedido un estudio serio sobre la conveniencia de recurrir al derecho penal, en gracia de las causas del problema que quiere solucionar; cuando más, se dará una breve discusión en las Comisiones y en la Plenaria, donde generalmente, con la sola base teórica se magnifica el fenómeno.

5. Hay que decirlo con contundencia: esas leyes no reflejan un diagnóstico surgido de una investigación criminológica y, por ello, no hay pronóstico sobre su utilidad práctica, eficacia ni eficiencia.

6. Y, finalmente, que como consecuencia, hoy tenemos códigos, ricos y prolijos en normas –lo que no deja de ser un inconveniente incluso para su aplicación judicial– que acusan carencia de efectividad, a juzgar por la reiteración en la comisión de delitos.

Ahora que, si de encontrar las causas generadoras de tales situaciones se trata, no vacilamos en decir que estas se ubican en la inexistencia de un diseño de políticas públicas encaminadas a enfrentarlas; más aún: salvo que se considere suficiente justificación decir que en Colombia sí se combate el delito criminalizando constantemente comportamientos o incrementando sus penas o, recortando sistemáticamente los beneficios judiciales, no es aventurado concluir que Colombia carece de política criminal, lo que es no solo preocupante, sino ciertamente peligroso para los propósitos del control social en clave de una verdadera convivencia pacífica y del derecho-deber constitucional a la paz.

Conspira para que ello se dé, la configuración de las instancias que intervienen en el diseño de la política criminal. Si bien no puede desconocerse que en la estructura del Estado de derecho, corresponde al Congreso desarrollar las políticas necesarias para enfrentar legislando, el delito, también lo es que es físicamente imposible hacerlo de la for-

ma como se explica en esta ponencia. Las inmensas y variadas responsabilidades que el Congreso tiene, impiden el cumplimiento de estas pautas, y ello explica que los proyectos de ley en materia penal sean aprobados sin mayor resistencia, y sin echar de menos las indispensables discusiones en la profundidad que ameritan.

Pero el problema puede ser superado, pues se cuenta con la estructura orgánica necesaria para diseñar una verdadera política criminal de Estado, y contribuir eficazmente a su adecuado desarrollo, ya que existe en Colombia un **Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria**, que según la Ley 888 de 2004, que modificó el Decreto 200 de 2000, está conformado por el Ministro del Interior y de Justicia; el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura; el Fiscal General de la Nación; el Procurador General de la Nación; el Defensor del Pueblo; El Director General de la Policía; el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS; el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec; el Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF; dos (2) Senadores y cuatro (4) Representantes a la Cámara pertenecientes a las Comisiones Primera y Segunda.

Este Consejo nos parece propicio para asumir la responsabilidad que se le encarga, y aunque está compuesto de representantes de instituciones con funciones diferentes, tienen comunidad en el objeto, pues todos, en el ámbito de sus roles, buscan implementar políticas destinadas a enfrentar la delincuencia, aunque creemos que le falta la presencia siempre dinámica, ilustrativa y trascendental de la academia.

Cuestionamos que el ordenamiento actual subvalore un grupo de semejante talante e importancia, pues las calidades de sus integrantes permiten que se espere que el Consejo juegue un papel de mayor relevancia –que está en capacidad de desempeñar–, más allá de la simple asesoría, nada vinculante en el ejercicio legislativo en materia penal.

En la tarea de lograr el mayor acierto posible en la construcción de esta propuesta, hemos recabado la opinión de muchos sectores involucrados en el tratamiento del problema, y hemos recibido valiosísimos puntos de vista, como el aportado por el Presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el 2009, e integrante por entonces del **Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria**, quien además de expresar preocupaciones en el mismo sentido de esta iniciativa, sugiere la necesidad de que el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, sea **órgano consultivo necesario**, en el tema de política criminal del Estado.

Es interesante destacar varios apartes que reflejan la confluencia de preocupaciones entre la Sala de Casación Penal de la Corte, el actual Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria y el suscrito Senador, como el siguiente:

“Por lo tanto, es en extremo conveniente que se incorporen previsiones constitucionales que hagan obligatoria la opinión del órgano especializado, a fin de evitar tramitaciones parlamentarias sobre temas penales por vía de urgencia, o eludiendo trámites del procedimiento legislativo normal, en especial cuando se evidencie una estrecha relación temporal con sucesos aislados que hayan causado un fuerte impacto o alarma social.

Ello, para erradicar esa especie de propuesta al mejor postor que incluso con fines propagandísticos o claramente electorales, hoy en día pululan, aprovechando el impacto inmediato de casos aislados y el natural escozor que producen, y que facultan de cualquier ciudadano, informado o no, sin la existencia de estudios previos o adecuados, postular incrementos descontextualizados de penas o, incluso reformas constitucionales para habilitar penas permanentes o la de muerte, afortunadamente proscritas de nuestro ordenamiento penal e incluso, respecto a la máxima pena, imposibilitadas de reimplantar ante las exigencias de instrumentos internacionales ratificados por Colombia, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos”.

Proponemos, entonces, como primera medida, que se establezca como función del Consejo, el diseño de la política criminal estatal, que debe darse a conocer del Congreso de la República, y que se erija en una especie de carta de navegación sujeta a los postulados del derecho penal como última ratio, incluyendo, obligatoriamente, políticas públicas alternativas de prevención del delito, vía educación, recreación, deporte, etc., y que sea objeto de revisión constante del mencionado organismo.

De otro lado, para el desarrollo práctico de la política criminal, que se supone diseñada por ese organismo superior, proponemos *que todo proyecto de ley que pretenda la creación de nuevos tipos penales, el incremento de penas y el recorte o limitación de beneficios judiciales, sea sometido de manera obligatoria al estudio del Consejo Superior de Política Criminal*, que emitirá concepto luego de realizar, para el caso concreto, los estudios relacionados con sus causas sociales, económicas, culturales y factores que inciden en la aparición del fenómeno y de las secuelas que deja en la sociedad, comenzando por las víctimas directas e indirectas del delito, las familias del delincuente, –también víctimas indirectas, tanto del delito como de su represión–, y de la sociedad en su conjunto.

En todo caso, la emisión de tales leyes deberá sujetarse a los principios de **racionalidad, igualdad, necesidad, proporcionalidad y utilidad**, valga decir, a los principios orientadores de toda política criminal estatal.

Resumiendo: Esta propuesta busca **constitucionalizar la política criminal** en Colombia.

Para su concreción, ponemos a consideración del Congreso de la República esta reforma constitucional.

Artículo 8°. Autorícese al Gobierno Nacional para hacer las apropiaciones necesarias que permitan dar cumplimiento al articulado que antecede.

Artículo 9°. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Juan Lozano Ramírez.

Senador de la República.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Comienzo con una evocación personal que inspira este proyecto. Cuando estábamos próximos a celebrar el bicentenario del natalicio del General José Antonio Anzoátegui en 1989, y me desempeñaba yo como Secretario Privado de Luis Carlos Galán, un día entró a la oficina que compartíamos en el primer piso del edificio de su residencia, casi sitiados por las amenazas del narcotráfico, y compartió conmigo su fascinación por la figura de Anzoátegui y por su contribución a nuestra libertad. Me pidió que adelantara una investigación y que preparara un proyecto de ley de honores para honrar la memoria de Anzoátegui. Particular énfasis concedió a su distinción de héroe histórico en trance de ser olvidado y, por ese camino, a la necesidad de exaltar a quienes son en los distintos campos de combate por la libertad, gestores ignorados y artífices anónimos de grandes logros para la Patria o, a quienes, en otros casos, aparecen como colaboradores subalternos de gestas inmensas, habiendo sido mucho más que eso, factores determinantes para su éxito.

Con devoción acometí la tarea de estructurar el proyecto para que el Senador Luis Carlos Galán lo presentara. En mi oficina no teníamos un computador, entonces preparé un manuscrito para su revisión. Cuando lo terminé, le informé al Senador Galán, quien me dijo que la semana siguiente lo revisaríamos para radicarlo. Ese viernes lo asesinaron.

Desde entonces, he guardado el manuscrito que hoy plasmo en este proyecto. Sirva como un doble homenaje a la memoria de Anzoátegui, claro está, y la de mi jefe y maestro Luis Carlos Galán, memoria que sigue inspirando jornada tras jornada mi lucha por Colombia.

GENERAL JOSÉ ANTONIO ANZOÁTEGUI



Red de museos de Norte de Santander—Museo Casa Anzoátegui

En la galería del más ilustre procerato colombiano José Antonio Anzoátegui no ha ocupado el sitio que corresponde a la trascendencia de su aporte a nuestra independencia ni a la heroicidad de su corta existencia patriótica.

Fue Anzoátegui, “el bravo entre los bravos”, héroe de la Batalla de Boyacá. Tal como reza en el Boletín de Boyacá “nada puede ser comparable a la intrepidez de Anzoátegui, al cual le tocó la honra de rendir al cuerpo principal del enemigo. A él se debe en gran parte la victoria”. Victoria que logró fijando al enemigo en su sitio, rompiéndolo en su centro con la más audaz de las cargas de caballería y luego rodeándolo magistralmente con la infantería.

El protagonismo de Anzoátegui en la Batalla de Boyacá no fue episódico, ni accidental, ni gratuito. Fue la coronación de una brillantísima carrera militar que le permitió recorrer todos los grados de la milicia, luchar y vencer en centenares de combates, imponerse a sus contemporáneos y a la posteridad porque tuvo, como lo advierte Lozano y Lozano, cualidades excepcionales, excelsas y porque un día la fortuna lo colocó, contra su voluntad, en circunstancias de responsabilidad extraordinaria y tremenda, que pudieron constituir picota de execración, pero que logró convertir, por virtud de su genio, en pedestal de gloria que destaca su silueta con viva y propia luz.

Cuando sus amigos en Pamplona, la noche del 15 de noviembre de 1819 ofrecían un banquete en su honor para celebrar sus treinta años y su reciente exaltación hecha por el propio Bolívar como Comandante de los Ejércitos del Norte, Anzoátegui víctima de un mal desconocido expiró en los brazos del médico militar Faley ante la mirada atónita y llorosa de sus compañeros de armas reunidos en torno a su lecho de muerte, como lo relata Arocha.

La determinación acerca de si Anzoátegui fue envenenado, o si por el contrario, la suya fue una muerte natural, ha sido materia de controvertida especulación histórica; no obstante, lo que hoy sí aparece con cierta claridad, es que el joven general ya había sido designado por el Libertador como su segundo en el mando y que habría de recorrer con él toda la América del Sur, luchando por la libertad de sus pueblos. De ahí que sea tan profundo el significado de la conmovida expresión de Bolívar cuando al enterarse de la muerte súbita de Anzoátegui exclamó:

“Habría yo preferido la pérdida de dos batallas a la muerte de Anzoátegui. Qué soldado ha perdido el ejército y qué hombre ha perdido la República! Qué difícil es reemplazar dignamente un hombre como Anzoátegui!”.

Anzoátegui, al decir de Lozano y Lozano, fue un día tipo perfecto del soldado de las montañas heroicas. El alma llena de coraje y audacia. La voluntad intrépida, indomable, hecha para triunfar. Marcial el ademán y la apostura, marcial la mirada águila; marcial, como los clarines legendarios, el timbre de la voz.

Sobre sus espaldas de cíclope, el sol de las pampas y la escarcha de los ventisqueros se quebraron

lo mismo. Nada logró domeñarlo. Nada logró turbar la serenidad de su frente.

Sonreído como un semidiós, y como un semidiós ágil y fiero, en las acometidas supremas sólo la greñuda cabeza de su cabello avanzó más que él.

Por eso, y porque un sacro fuego redentor lo animaba, la bandera de la República tuvo para los hijos del desierto, en la moharra de su lanza, prestigiosos reflejos de fascinación.

Como se advertía en nuestras primeras líneas los colombianos hemos subvalorado el talante, la personalidad y las contribuciones de Anzoátegui a nuestra gesta libertadora. La bibliografía sobre Anzoátegui prácticamente se reduce a la importante obra de Fabio Lozano y Lozano, agotada desde hace muchos años, su iconografía es escasa y las menciones y referencias en torno a él aparecen oscuramente discretas; día tras día la figura gloriosa del general tiende a desvanecerse tras la cortina del olvido y la indiferencia y su memoria a relegarse al anaquel subalterno donde se encuentra escondido tras los luminosos recuerdos y los mitos acuñados en torno a quienes fueron sus pares.

En la ciudad de la Nueva Barcelona, o la “Barcelona americana” como se reseña en las actas de la época, o la “Barcelona Colombiana” como él mismo solía llamarla, nació José Antonio Anzoátegui el 14 de noviembre de 1789. Ahora, cuando estamos próximos a celebrar el bicentenario de su natalicio, consideramos que la República debe honrar la memoria del héroe a quien tanto debe y emprender una cruzada para que el tributo de la historia y el reconocimiento de la patria no sean inferiores a la grandeza del prócer.

Este proyecto de ley, busca contribuir con la magna tarea de honrar la memoria y combatir el olvido de un prócer al que las Naciones de hermanas libertadas por el General Bolívar, deben gran parte de su independencia, por ello con el articulado propuesto se busca que mediante la creación de la medalla de condecoración al mérito libertador, se immortalice la gran relevancia histórica que tiene la epopeya atribuida al General Anzoátegui que permitió la manumisión de nuestro país.

Esta condecoración será destinada a las personas civiles y militares que con su actuar se hayan distinguido en la búsqueda decidida y eficaz, de la libertad y la justicia como principios cimentadores de un Estado eficaz, justo y vigoroso.

Juan Lozano Ramírez,
Senador de la República.

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General

(Arts. 139 y s.s. Ley 5ª de 1992)

El día 10 del mes de agosto del año 2011, se radicó en la Plenaria del Senado, el Proyecto de ley número 64, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales por el honorable Senador *Juan Lozano R.*

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

SENADO DE LA REPÚBLICA SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 10 de agosto de 2011

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 64 de 2011 Senado, *por la cual se rinde honores al señor General José Antonio Anzoátegui y se le reconoce como figura ejemplar de la Patria*, 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 Segunda Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 10 de agosto de 2011

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

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Juan Manuel Corzo Román.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

* * *

PROYECTO DE LEY NÚMERO 65 DE 2011 SENADO

por la cual se modifica el párrafo del artículo 8º de la Ley 278 de 1996.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Modifíquese el párrafo del artículo 8º de la Ley 278 de 1996, el cual quedará así:

Artículo 8º. *Las decisiones de la Comisión serán adoptadas por consenso.* El voto de cada sector representativo será el de la mayoría de sus miembros.

Parágrafo. Para la fijación del salario mínimo, la Comisión deberá decidir a más tardar el quince (15) de diciembre. Si no es posible concertar, la parte o partes que no están de acuerdo deben, obligatoriamente, explicar por escrito las razones de la salvedad dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes. Las partes tienen la obligación de estudiar esas salvedades y fijar su posición frente a ellas en el término de las siguientes cuarenta y ocho (48) horas. De nuevo, la Comisión deberá reunirse para buscar el consenso según los elementos

de juicio que se hubieren allegado antes del treinta (30) de diciembre.

Cuando definitivamente no se logre el consenso en la fijación del salario mínimo, para el año inmediatamente siguiente, a más tardar el treinta (30) de diciembre de cada año, el Gobierno lo determinará teniendo en cuenta como parámetros la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del Producto Interno Bruto (PIB) y el Índice de Precios al Consumidor (IPC), procurando que *el incremento en el salario mínimo no sea inferior al porcentaje del “Índice de Precios al Consumidor para Ingresos Bajos”, del año inmediatamente anterior debidamente certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), cuando este sea superior al “Índice de Precios al Consumidor”*. Cuando no lo sea, en todo caso, se procurará que el incremento en el salario mínimo no sea inferior al porcentaje del “Índice de Precios al Consumidor”.

Artículo 2°. *Vigencia*. La presente ley empezará a regir a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Juan Lozano Ramírez,
Senador de la República.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El salario mínimo es la mínima remuneración económica que se les concede a todas aquellas personas que prestan algún servicio o realizan un trabajo. Mediante este se busca subsanar algunas necesidades básicas propias y familiares, la posibilidad de que los trabajadores tengan un mínimo de garantías sociales, y la capacidad para que estos puedan acceder a la salud, educación, alimentación, vivienda y vestido. Hoy un trabajador promedio sufre estas necesidades con \$535.600 para el 2011. Valor fijado por el Gobierno Nacional.

Es por ello que para muchos, esta mínima remuneración representa la posibilidad de mantener su subsistencia, alcanzar necesidades básicas insatisfechas, y aliviar de alguna manera las cargas y costos del diario vivir.

La capacidad para poder consumir y utilizar algunos productos y servicios de primera necesidad es quizás, la forma más clara que evidencia el tipo de calidad de vida de las personas con bajos recursos y la posibilidad que tienen de subsistir en la medida que tengan acceso a estos productos y servicios. Para estos fines, la utilización del indicador IPC general permite medir la variación en los precios de estos y es la herramienta propicia para evaluar cómo está variación puede tener fuertes repercusiones para un gran número de personas de bajos ingresos, cuando hay inflación en una economía.

Mediante el IPC (Índice de Precios al Consumidor), se logra obtener una medición del coste total

y de la variación de precios, de los bienes y los servicios de uso cotidiano y común consumidos por las personas. Este conjunto de productos, bienes y servicios integran la llamada Canasta Familiar, y se refiere en su mayoría a aquellos productos de primera necesidad como los alimentos, la vivienda, los servicios, la educación, la salud, el vestuario, y el transporte entre los más importantes.

Así mismo el indicador IPC consolidado, permite hacer una medición más precisa y detallada de las ponderaciones de gastos y el porcentaje de consumo de los principales productos de la canasta familiar que lleva a cabo la población de ingresos bajos, la de ingresos medios y la de ingresos altos. Mediante esta fórmula que combina los ponderados de los ingresos y el porcentaje del IPC para cada uno de ellos, se logra consolidar una serie de cifras y resultados que evidencian la importancia de algunos productos y servicios determinados para las personas según su rango de ingresos.

Con base en los informes estadísticos del DANE, los principales bienes y servicios consumidos por el conjunto de personas que integran el rango de ingresos bajos y medios, son: Los alimentos con un porcentaje generalizado arriba del 38%, la vivienda con un porcentaje generalizado de 28% y el vestuario que alcanza el 7%. Esto evidencia que las personas de bajos y medios ingresos destinan un mayor porcentaje de sus gastos para el consumo de estos servicios, de manera que cuando hay un alza de los precios en los bienes de la canasta familiar naturalmente esto termina afectando negativamente la rentabilidad, disminuye el poder adquisitivo y los activos financieros, genera un aumento de los intereses de los créditos, y crea una serie de restricciones de compra y consumo de servicios.

Cuando hay inflación, esta termina siendo un detonante en la economía de familias y trabajadores de bajos ingresos. La inestabilidad de los precios, en su mayoría debido a un alza generalizada en los de los mismos (inflación) es para muchos colombianos objeto de preocupación y agravio, en la medida que se disminuye su poder adquisitivo, y varios trabajadores terminan hallándose en un teatro de desdén e inestabilidad económica en el momento en que aquella unidad monetaria, que es en últimas la representación del poder adquisitivo disminuye, empeorando su situación financiera.

Las repercusiones que se dan a causa de la inflación terminan afectando el bienestar social de las personas, un aumento en el costo de vida conlleva a que estas se vean enfrentadas a presionar al gobierno en busca de un aumento del salario mínimo, en proporción a la inflación o al menos no en un porcentaje menor, puesto que las consecuencias de ello repercuten de manera nociva en su calidad de vida, restringiéndoles la posibilidad de tener el poder adquisitivo para comprar bienes de primera necesidad, y consumir los servicios básicos.

Esta realidad que afrontan muchos colombianos, evidencia la importancia de la estabilización de precios, que ha sido una constante en la política económica del país. Es por ello que no en vano la Constitución de 1991 consagró expresamente en el artículo 373 que el “Estado velará por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva del dinero”, con el fin de evitar alteraciones permanentes, que generen un desequilibrio sustancial y generalizado en la economía, pero sobre todo que trasciendan en la afectación del bienestar social de las personas de bajos recursos.

Así mismo, el artículo 146, Código Sustantivo del Trabajo, establece que para la fijación del salario mínimo se deben tener en cuenta factores como costo de vida, las modalidades de trabajo, la capacidad económica de las empresas y las condiciones de cada región o actividad económica.

Al considerar la capacidad económica de las empresas como un factor determinante a la hora de la fijación de salario mínimo, permite que este pueda ser fijado en común acuerdo entre empresarios y sindicatos, puesto que la filosofía de la norma ha sido lograr que los intereses de las partes involucradas y que se afectan de una u otra forma con la fijación del salario mínimo, confluyan en un punto que permita el equilibrio y deje a todos contentos.

Históricamente lograr pactar el incremento del salario mínimo ha sido difícil, por lo que en muchas ocasiones ha tenido que fijarse por decreto como sucedió en este año.

En la mayoría de las ocasiones, el salario mínimo no ha sido incrementado en la misma proporción en que se incrementa el costo de vida, por lo que en realidad no ha existido un incremento efectivo, puesto que los ínfimos incrementos concedidos, no alcanzan a cubrir la pérdida de la capacidad adquisitiva del dinero en el último año. Esto ha sido una clara inobservancia de lo contemplado por la ley, en el sentido que uno de los factores para la fijación del salario mínimo es precisamente el costo de la vida, que por su efecto en la calidad de vida del trabajador, debe ser el factor predominante.

Con base en lo anterior, y mediante las premisas anunciadas se evidencia la necesidad de modificar el artículo 8° de la Ley 278 de 1996 con miras a beneficiar a un gran número de colombianos que subsisten mediante el salario mínimo, para que anualmente el incremento de este nunca pueda ser inferior al incremento del IPC para ingresos bajos ni para el IPC consolidado del año inmediatamente anterior. Generando a la vez, la necesidad que la discusión anual entre empresarios, representantes del Gobierno y trabajadores sea un acuerdo que no solo se sustente en un carácter técnico y netamente económico, sino que tome a consideración el insostenible impacto social y el panorama de desdén que afrontan las familias, y trabajadores de bajos ingresos en el país.

Juan Lozano Ramírez,
Senador de la República.

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 10 de agosto de 2011

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 65 de 2011 Senado, *por la cual se modifica el parágrafo del artículo 8° de la Ley 278 de 1996*, 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 Séptima Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 10 de agosto de 2011

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

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Juan Manuel Corzo Román.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

CONTENIDO

Gaceta número 585 - Miércoles, 10 de agosto de 2011

SENADO DE LA REPÚBLICA

	Págs.
PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO	
Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2011 Senado, por medio del cual se adiciona el artículo 65 de la Constitución Política.	1
Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2011 Senado, por el cual se adiciona el artículo 171 de la Constitución Nacional, para fortalecer la representación afrodescendientes en el Congreso de la República.	6
Proyecto de Acto Legislativo número 09 de 2011 Senado, por el cual se modifica el artículo 29 y se adiciona un nuevo capítulo a la Constitución Política de Colombia.	9
PROYECTOS DE LEY	
Proyecto de ley número 64 de 2011 Senado, por la cual se rinde honores al señor General José Antonio Anzoátegui y se le reconoce como figura ejemplar de la Patria.	10
Proyecto de ley número 65 de 2011 Senado, por la cual se modifica el parágrafo del artículo 8° de la Ley 278 de 1996.	22