



# 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° 799

Bogotá, D. C., martes, 25 de octubre de 2011

EDICIÓN DE 8 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## SENADO DE LA REPÚBLICA

### PONENCIAS

#### PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 98 DE 2011 SENADO

*por medio de la cual se adoptan normas y requisitos mínimos para el uso y supervisión técnica de sistemas verticales de transporte de personas, de tipo eléctrico, automático y mecánico y se dictan otras disposiciones.*

Bogotá, D. C., 3 de octubre de 2011

Doctora

OLGA SUÁREZ MIRA

Presidenta

Comisión Sexta Senado de la República

Bogotá, D. C.

Respetada doctora:

En cumplimiento del encargo hecho por la Mesa Directiva de la Comisión Sexta del Senado de la República y con fundamento en los artículos 150, 153 y 156 de la Ley 5ª de 1992, me permito rendir ponencia para primer debate del Proyecto de ley número 98 de 2011 Senado, *por medio de la cual se adoptan normas y requisitos mínimos para el uso y supervisión técnica de sistemas verticales de transporte de personas, de tipo eléctrico, automático y mecánico y se dictan otras disposiciones*, en los siguientes términos:

#### I. Trámite

El presente proyecto de ley fue presentado por el Senador Carlos Emiro Barriga Peñaranda el día 25 de agosto de 2011 ante la Secretaría del Senado, bajo el número 098 y repartido ese mismo día para su trámite correspondiente a la Comisión Sexta, definiéndose por disposición de la Presidencia de la Comisión como ponente al suscrito Senador.

#### II. Antecedentes

Un proyecto en este mismo sentido y con igual título fue presentado por el Senador Carlos Emiro Barriga Peñaranda el día 20 de octubre de 2010 ante la Secretaría del Senado, bajo el número 178 y repartido en esa fecha para su trámite correspondiente a la Comisión Sexta. La ponencia en esa oportunidad también me fue

asignada. No obstante, cuando la ponencia estaba lista, fui notificado del retiro del proyecto.

#### III. Contenido y objeto del proyecto

El proyecto de ley puesto consideración del Congreso de la República y que consta de doce (12) artículos, no solo pretende que se puedan evitar accidentes, sino que los usuarios hagan uso responsable de estos elementos y colaboren en la buena utilización de estos sistemas verticales de transporte de personas.

El objetivo del proyecto es el de establecer medidas y controles mínimos para el uso de tales sistemas con fundamento en prevención, señalización, vigilancia y control.

El contenido de este proyecto pretende llenar el vacío regulatorio que en tal sentido se presenta, pues el país está huérfano de una normatividad para controlar el mantenimiento de los sistemas verticales de transporte de personas, eléctricos, automáticos y mecánicos dentro de edificaciones.

En este orden de ideas, la presente iniciativa establece seguridad, señalización, revisión mecánica, que brindarán a los usuarios de estos mecanismos, medidas mínimas en la prevención de accidentes, estableciendo sanciones y hasta el cierre de establecimientos que no cumplan con las condiciones de seguridad básicas que garanticen el bienestar de los ciudadanos.

#### IV. Consideraciones generales

Como lo afirma el autor del proyecto en la Exposición de Motivos, “los accidentes producidos por el mal uso de los sistemas verticales de transporte de personas, electrónicos, automáticos y mecánicos dentro de edificaciones es una constante”. Es cierto. En los últimos meses el país se ha enterado, a través de los medios de comunicación, de frecuentes accidentes en este tipo de sistemas de transporte, sobre todo en centros comerciales. Además, las víctimas han resultado ser, en su mayoría, niños y jóvenes.

Las causas de estos lamentables hechos han sido problemas en el funcionamiento de los aparatos.

Comoquiera que los sistemas verticales de transporte de personas forman parte de la vida cotidiana de

los habitantes de los centros urbanos, se hace necesaria la expedición de una norma legislativa al respecto, al igual que de la correspondiente reglamentación gubernamental.

Este proyecto de ley, que tiene como objeto establecer medidas y controles mínimos para el uso de los referidos sistemas y que se fundamenta en la prevención, señalización, vigilancia, control y sanción, se presenta en un momento oportuno y se convierte en pertinente y afortunado. Tiene la razón el autor cuando indica que “el país está huérfano de una normatividad para controlar el mantenimiento de los sistemas verticales de transporte de personas, eléctrico, automáticos y mecánicos dentro de edificaciones”.

De manera que la iniciativa merece ser acogida por el Congreso de la República y de ahí que se proponga ponencia positiva.

#### V. Pliego de modificaciones

Encuentro que el nuevo texto acoge las modificaciones que en el proyecto de ponencia para la iniciativa anterior formulé. El autor recoge lo consignado en el capítulo de Pliego de Modificaciones que elaboré en ese momento y que, por supuesto, mantienen plena vigencia. Sin embargo, propongo las siguientes modificaciones:

Artículo 2°. Se suprime la última proposición del primer inciso que dice “igualmente existen bandas transportadoras de personas cuyo movimiento es horizontal”. Además, en el segundo inciso se hace concordar el verbo distinguir con el carácter plural del sujeto de la oración y se agrega la frase: “los siguientes sistemas”. En consecuencia, el inciso quedará así: “Atendiendo el número de posibles usuarios y su ubicación dentro de las edificaciones señaladas en el artículo 1°, se distinguen los siguientes sistemas”:

Artículo 4°. Este artículo se divide en dos oraciones, la principal y la subordinada y quedará así:

“**Artículo 4°.** *Supervisión técnica.* Empresas técnicamente calificadas deberán revisar el estado técnico y mecánico de estos sistemas. Dicha revisión se realizará cada tres (3) meses, expidiendo una certificación del buen funcionamiento y la seguridad de estos dispositivos”.

Artículo 7°. En el inciso se suprime el punto seguido después de la palabra *vigilancia*. Este quedará así: “La inspección y *vigilancia* corresponde a la dependencia u oficina administrativa que el respectivo municipio o distrito determine”.

Artículo 8°. En el primer inciso se modifica su redacción suprimiendo las palabras “la ley” y cambiando la palabra “paramentros” por parámetros, quedando así: “Sin perjuicio de la reglamentación que expide el Gobierno Nacional sobre las medidas de seguridad que deban cumplir los responsables de los sistemas verticales de transporte de personas se establecen los siguientes parámetros, así:”. En el literal d) se cambia la palabra “riego” por “riesgo”. En el literal e) se suprime el signo (,) después de la palabra “seguridad”.

Artículo 10. En el primer inciso se agrega la preposición “en” después de la palabra “encuentren”. En el segundo inciso se agrega la preposición “de” después de la palabra “construcción”.

Artículo 11. Se suprime el signo (,) después de la palabra “ley”.

#### Proposición

Por lo anteriormente expuesto, solicito a la Comisión Sexta del Senado de la República, dar primer

debate al Proyecto de ley número 98 de 2011 Senado, por medio de la cual se adoptan normas y requisitos mínimos para el uso y supervisión técnica de sistemas verticales de transporte de personas, de tipo eléctrico, automático y mecánico y se dictan otras disposiciones.

Jorge Hernando Pedraza Gutiérrez,

Senador de la República.

#### TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 98 DE 2011 SENADO

por medio de la cual se adoptan normas y requisitos mínimos para el uso y supervisión técnica de sistemas verticales de transporte de persona, de tipo eléctrico, automático y mecánico y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley establece criterios y requisitos mínimos para el uso, señalización y supervisión técnica de sistemas verticales de transporte de personas, tanto electrónico como automático y mecánico dentro y fuera de edificaciones, para generar condiciones óptimas de seguridad, prevención y reducción del riesgo de accidentes.

Artículo 2°. *Definición.* Un sistema vertical de transporte de personas eléctrico automático es un dispositivo de transporte inclinado, cuyo movimiento es hacia arriba o hacia abajo, se usa para trasladar con comodidad y rápidamente un gran número de personas entre los pisos de un edificio, especialmente en centros comerciales y aeropuertos.

Atendiendo el número de posibles usuarios y su ubicación dentro de las edificaciones señaladas en el artículo primero, se distinguen **los siguientes sistemas:**

- a) Escaleras eléctricas, automáticas y mecánicas;
- b) Rampas;
- c) Ascensores y similares;
- d) Bandas transportadoras, eléctricas, automáticas y mecánicas.

Artículo 3°. *Ámbito de aplicación.* Todas aquellas edificaciones que se encuentren en el territorio nacional y que cuenten con sistemas de transporte vertical de personas deberán sujetarse a las normas establecidas en la presente ley y en las disposiciones que la reglamenten.

Artículo 4°. *Supervisión técnica.* Empresas técnicamente calificadas deberán revisar el estado técnico y mecánico de estos sistemas. Dicha revisión se realizará cada tres (3) meses, expidiendo una certificación del buen funcionamiento y la seguridad de estos dispositivos.

Artículo 5°. *Alcance de la supervisión técnica.* El alcance, procedimientos y controles mínimos de la supervisión técnica serán establecidos por el Gobierno Nacional, en los términos de su reglamentación.

Artículo 6°. *Obligatoriedad.* A partir de la vigencia de la presente ley todas las edificaciones que cuenten con sistemas verticales de transportes de personas, tanto eléctrico, automático y mecánico en el país, deberán contar con una certificación técnica y mecánica, en la que se manifieste el buen funcionamiento y la seguridad de estos mecanismos, la cual será reglamentada por el Gobierno Nacional.

Artículo 7°. *Inspección y vigilancia.* Los municipios o distritos serán competentes dentro de su jurisdicción en materia de autorizaciones, inspecciones y ejercicio

de la potestad sancionatoria de las edificaciones donde funcionen estos sistemas, conforme a la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional.

La inspección y **vigilancia corresponde** a la dependencia u oficina administrativa que el respectivo municipio o distrito determine.

El Gobierno Nacional a través del SENA estandarizará las competencias técnicas, idoneidad profesional y niveles de capacitación de los funcionarios de las diferentes empresas que puedan emitir la certificación del buen funcionamiento y seguridad de los sistemas verticales de transporte de personas.

Artículo 8°. Sin perjuicio de la reglamentación que expide el Gobierno Nacional sobre las medidas de seguridad que deban cumplir los responsables de los sistemas verticales de transporte de personas **se establecen los siguientes parámetros así:**

a) No se debe permitir el acceso a menores de doce (12) años sin la compañía de un adulto;

b) Se deberá garantizar la atención inmediata de primeros auxilios y el transporte adecuado de las personas que sufran algún tipo de lesión durante el mantenimiento o funcionamiento de los sistemas de transporte vertical;

c) Así mismo, las edificaciones con sistemas de transporte vertical deberán disponer de personal capacitado y elementos necesarios para la atención de emergencias, lo cual será reglamentado por el Gobierno Nacional;

d) Se deberá contar con una señalización clara y visible que permita a los usuarios advertir el riesgo y peligro de su uso indebido, sobre todo lo señalado en el literal a) del presente artículo;

e) Es obligatorio implementar dispositivos de seguridad que activen inmediatamente un sistema de alarma provisto de sirena y protección para prevenir accidentes;

f) La edificación que en su interior cuente con sistemas de transporte vertical de personas deberá incluir en su plan de emergencias o contingencias el protocolo de actuación por incidentes en estos sistemas, los cuales deberán estar articulados y acordes con los planes de emergencia.

Artículo 10. **Disposiciones transitorias.** Las edificaciones que a la entrada en vigencia de la presente ley se encuentren **en** construcción, deberán adecuarse a estas disposiciones.

Las licencias de construcción **de** proyectos inmobiliarios que contengan estos sistemas deberán exigir lo dispuesto en la presente ley a partir de su entrada en vigencia.

En todo caso, las edificaciones que al momento de entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en servicio, tendrán plazo de seis (6) meses, contados a partir de la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, para cumplir con las disposiciones en ella contenidas.

Artículo 11. El Gobierno Nacional dispondrá de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de aprobación de la presente ley para expedir la reglamentación correspondiente.

Artículo 12. **Vigencia.** La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Jorge Hernando Pedraza Gutiérrez,  
Senador de la República.

## OBJECIONES PRESIDENCIALES

### **OBJECIONES PRESIDENCIALES AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 165 DE 2010 CÁMARA, 08 DE 2010 SENADO**

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

Honorable Senador  
JUAN MANUEL CORZO  
Presidente  
Senado de la República  
E. S. D.

**Asunto: Objeciones Presidenciales al Proyecto de ley número 165 de 2010 Cámara, 08 de 2010 Senado, por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.**

Señor Presidente:

En ejercicio de las facultades previstas en los artículos 166 y 167 de la Constitución Política, y en el marco de lo establecido en los artículos 196 y siguientes de la Ley 5ª de 1992, dentro del término previsto, devuelvo con objeciones por razones de inconstitucionalidad parcial el Proyecto de ley número 165 de 2010 Cámara, 08 de 2010 Senado, *por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.*

#### **Objeciones por inconstitucionalidad parcial**

El Gobierno Nacional objeta la constitucionalidad de las expresiones “religión” e “ideología política o filosófica”, contenidas en el artículo 3° del proyecto de

ley y la expresión “personas en ejercicio de funciones propias del cargo que ostenta” del artículo 5°.

#### **1. Normas constitucionales violadas**

A juicio del Gobierno Nacional, las expresiones objetadas de la ley son violatorias del artículo 29 de la Constitución, que consagra el principio de legalidad en materia penal, así como de los artículos 13 (libertad e igualdad), artículo 15 (intimidad personal y familiar), artículo 16 (Libre desarrollo de la personalidad), artículo 18 (libertad de conciencia), artículo 19 (libertad de cultos), artículo 27 (libertad de investigación y cátedra), artículo 38 (libertad de asociación), artículo 40-3 (libertad de formar partidos políticos) y artículo 68 (libertad educativa) de la Carta.

#### **2. Concreción de la objeción por inconstitucionalidad**

Es preciso advertir que esta objeción no pretende desconocer las garantías constitucionales consagradas en el artículo 13 de la Carta, así como las garantías jurídicas reconocidas por los numerosos instrumentos internacionales que propugnan la realización de la igualdad como principio integrador de la sociedad. La objeción que aquí se formula va dirigida a cuestionar la indebida formulación del tipo penal de discriminación, dado que, a juicio de la Presidencia, con el afán de proteger el derecho a la igualdad constitucional, el legislador traspasó los límites del ejercicio legítimo de otras garantías constitucionalmente protegidas.

En últimas, esta no es una objeción contra la penalización de conductas racistas, sino un reparo a la forma en que el legislador diseñó la norma sometida a escrutinio.

### 3. Cargos de inconstitucionalidad contra las expresiones objetadas

#### 3.1 Consideraciones generales acerca del principio de legalidad

La prescripción del artículo ordena que todo juzgamiento se haga “conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa”. La exigencia de que la descripción típica de la conducta sea previa al acto imputado no solo es temporal, sino epistemológica: se requiere que la descripción de la conducta sancionable sea plenamente identificable por los sujetos del derecho penal. Ello quiere decir que los elementos del tipo deben ser, en el máximo grado posible, determinables, de manera que el individuo conozca de antemano si el comportamiento que pretende realizar constituye o no un delito.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consciente de esta exigencia normativa al advertir que el principio de legalidad: “*no se agota con la definición previa de los hechos punibles, sino que también es necesario que las conductas punibles y las sanciones estén precisas y claramente descritas en la ley. La Corte ha dicho que las conductas que comportan sanciones penales deben ser descritas de tal forma que, antes de realizar los actos, las personas puedan saber clara, precisa e inequívocamente, qué comportamientos están prohibidos y cuáles no lo están. El incumplimiento de estos requisitos habrá de conducir a la declaración de inexecutable de la norma.*” (Sentencia C-897 de 2005).

Justamente por motivo de dicha exigencia, la Corte ha declarado en ciertas ocasiones la inconstitucionalidad de disposiciones penales que por su vaguedad, imprecisión y abstracción impedían la identificación clara de la conducta penalmente reprochable.

Así, por ejemplo, en la Sentencia C-205 de 2003, la Corte declaró la inexecutable de una norma de la Ley 738 de 2002 que sancionaba el comercio de autopartes, por considerar que la norma era tan amplia que terminaba sancionando conductas lícitas relativas a dicha actividad. Al respecto, la Corte dijo:

“(…) pues al pretender tipificar como delito el comercio de autopartes de vehículos automotores de procedencia ilícita resultó, a su vez, penalizando a quienes, por ejemplo, no conservan las facturas correspondientes, pero comercian con bienes que pueden tener un origen lícito, ya que sólo quedará exento de responsabilidad quien logre demostrar la adquisición lícita de los mismos.

“Sin lugar a dudas, el legislador partió de la presunción de que todas las personas que realizan esta actividad económica informal conocen el origen ilícito de dichos bienes. De tal suerte, que al iniciarse la conducta criminal con dicha actividad, la norma penal resulta siendo ambigua para el ciudadano por cuanto no establece una clara frontera entre cuándo resulta ser lícito o no comerciar con esta clase de mercancías, violándose así el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

“Por lo tanto, debido a que como está formulado el ilícito el legislador criminaliza una conducta que puede cobijar la de quienes comercian con autopartes de procedencia lícita pero, por cualquier motivo, por ejemplo, extraviaron la factura, la Corte considera que

se desconoció asimismo en este caso el principio de lesividad, en la medida que la norma quedó estructurada de manera tal que carece de un bien jurídico cuya tutela se justifique. En efecto, un concepto de bien jurídico vinculante, desde un punto de vista de política criminal, sólo puede derivar de la Constitución”.

Así mismo, en Sentencia C-897 de 2005, la Corte declaró la inexecutable del artículo 12 de la Ley 890 de 2004 que penalizaba el incumplimiento de las órdenes de los jueces o magistrados en las audiencias celebradas ante los jueces de control de garantías y las audiencias de juzgamiento.

La disposición penal establecía lo siguiente:

“Artículo 12. El inciso 2° del artículo 454 del Código Penal quedará así:

“La misma pena fijada en el inciso anterior se le impondrá al asistente en audiencia ante el juez que ejerce la función de control de garantías, ante el juez de conocimiento, ante el tribunal o la Corte Suprema de Justicia, que se niegue deliberadamente a cumplir las órdenes del juez o magistrado”.

A juicio de la Corte, la descripción típica de la conducta generaba un grado de incertidumbre tan alto respecto de las órdenes incumplidas de los jueces y magistrados que, no eran posible identificar con certeza cuándo el asistente a la audiencia incurriría en el desacato penalmente sancionado. En palabras de la propia Corte:

“El grado de indeterminación que ella evidencia acerca de cuáles órdenes del juez o magistrado deben ser cumplidas es demasiado grande. Dentro de los mandatos que deben ser acatados pueden encontrarse exigencias tan diversas como las relacionadas con la actitud o apariencia de un asistente a la audiencia, es decir, con la forma en que se viste, se expresa o se comporta en el recinto. Además, no es claro cómo se establecerá si la negativa a cumplir una orden es deliberada.

Ello puede abarcar situaciones que van desde el simple ensimismamiento del asistente a la audiencia, que no le permite saber que le ha sido impartida una orden, hasta la rebeldía abierta y agresiva contra los mandatos proferidos por el juez. De la misma forma, la norma es demasiado vaga con relación a las personas que pueden ser sancionadas por el desacato de la orden, pues la sanción puede imponerse al fiscal, al defensor, al representante del Ministerio Público o a cualquier asistente, sin establecer ninguna diferencia entre ellos en lo relacionado con el papel que cumplen dentro de la audiencia”.

Así entonces, derivado de la imposición del principio de legalidad, la descripción de las conductas punibles debe garantizar que el sujeto de derecho prevea con cierta precisión la consecuencia jurídica de su comportamiento, de manera que sean la voluntad positiva, o la culpa, la que lo ubique en el terreno del derecho penal, no la incertidumbre o la duda.

De otro lado, la vulneración del principio de legalidad apareja, usualmente, la violación del principio de lesividad (*nulla lex poenalis sine iniuria*), pues ante la indeterminación de descripciones abstractas e imprecisas, el derecho penal termina cobijando comportamientos que no son dañinos en el sentido jurídico de la palabra, es decir, que no son materialmente antijurídicos.

El párrafo final de la cita de la sentencia de la Corte deja ver este efecto colateral de la vulneración del principio de legalidad. Cuando la descripción típica no ofrece linderos específicos, ciertos y precisos, el dere-

cho penal desborda su objetivo y sanciona comportamientos legítimos, amparados sin embargo por el orden constitucional. Sobre este particular, la Corte Constitucional ha dicho:

“Si bien es cierto que el legislador goza de un margen de configuración normativa al momento de definir qué comportamiento social reviste tal grado de lesividad para determinado bien jurídico que merezca ser erigido en tipo penal, decisión política adoptada con fundamento en el principio democrático y que refleja los valores que rigen a una sociedad en un momento histórico determinado, este margen de discrecionalidad no es ilimitado, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite axiológico al ejercicio del mismo, razón por la cual la definición de tipos penales y de los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas, tal y como en numerosas ocasiones y de tiempo atrás lo viene señalando esta Corporación en su jurisprudencia” (Sentencia C-205 de 2003).

Así entonces, por virtud de la descripción genérica y poco precisa de la norma penal, el derecho penal sacrifica intereses legítimamente protegidos por el orden constitucional; desborda su objetivo específico que consiste en castigar el daño social o personal y, por esa vía, desconoce el principio orientador de todo el sistema jurídico, que constituye la base del equilibrio entre el poder de sancionar y el deber de proteger el principio de proporcionalidad.

Efectivamente, cuando el derecho penal, en virtud de la descripción poco precisa de sus normas, sanciona conductas no antijurídicas, incurre en falta por desproporción, pues desconoce el principio de *nullum crime sine necessitate*<sup>1</sup>.

En suma, ya que el derecho penal cumple la doble función de afectar los derechos fundamentales del agresor y de proteger los de las víctimas, el poder sancionador del Estado debe ejercerse en sus justos límites, siempre ilustrado por los principios de estricta legalidad, proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y responsabilidad.

### 3.2. Inconstitucionalidad de las expresiones acusadas del artículo 3°

El artículo 3° del proyecto de ley, que ahora se objeta, dispone que incurrirá en sanción penal el que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su religión o su ideología política o filosófica.

En primer lugar, es indispensable advertir que el sujeto activo del tipo penal bajo estudio es indeterminado, lo que significa que cualquier persona puede incurrir en la conducta punible.

Adicionalmente, la descripción típica no especifica las circunstancias en que puede incurrirse en la conducta criminal. Al no establecer ningún condicionamiento, debe inferirse que el comportamiento delictual puede configurarse tanto en el ámbito privado como en el público. Ciertamente, aunque el artículo 13 de la Constitución advierte que todas las personas nacen iguales ante la ley y recibirán el mismo trato de las autoridades, lo cual le da al principio de igualdad una cobertura pública, el artículo materia de objeción sanciona los comportamientos de servidores públicos, como es lógico, pero también de particulares en todos los ámbitos de la

realidad humana. En otras palabras, tanto los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, como los particulares, en desarrollo de sus relaciones particulares e, incluso públicas, podrían ser procesados por actos de discriminación.

Ahora bien, pese a que en relación con la condición sexual, racial y nacional parece justo prohibir y sancionar penalmente a los servidores públicos y a los particulares que arbitrariamente impidan el ejercicio de sus derechos a personas en quienes confluyan dichas características, en relación con la orientación filosófica, religiosa e ideológica parece excesivo que se sancione a los particulares por establecer diferencias de trato basadas en tales consideraciones, en la medida en que, en muchos casos, la autonomía de la voluntad y los derechos y garantías que se derivan de esta, precisamente se ejercen teniendo en cuenta dichos criterios y tal ejercicio es arbitrario, sin que por ello pueda descalificarse como antijurídico.

En efecto, al tiempo que la Constitución Política preserva el derecho a la igualdad (artículo 13) y por esa vía proscribiera la discriminación, la Carta también protege el derecho a la libertad individual (en el mismo artículo 13), el derecho a la libre asociación (artículo 38), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16) y el derecho a la intimidad personal (artículo 15), así como muchas otras garantías del mismo talante que definen en lo fundamental el régimen liberal del Estado constitucional.

La regulación del delito de discriminación se enmarca así en un escenario de ponderación entre garantías y derechos que no puede resolverse a partir de la simple supremacía de uno de ellos. Esto significa que en la determinación del delito de discriminación, el legislador debe cuidarse en grado sumo de establecer las condiciones en que la conducta puede ser lesiva de los derechos de la víctima, por encima de cualquier consideración respecto de los derechos del victimario, pues de lo contrario, en contravía de la princiología que rige la interpretación de la Constitución, el legislador corre el riesgo de dotar al derecho a la igualdad de una jerarquía supraconstitucional, de la cual no goza ninguna de las otras garantías constitucionales en un régimen liberal.

No se trata en este caso, para poner un ejemplo, del delito de hurto, en el que el derecho de la víctima sufre menoscabo con ocasión de la conducta de quien no exhibe ningún derecho correlativo de apropiarse de lo que no es suyo. Se trata, por el contrario, de la protección de un derecho, el de la igualdad, que se contrapone al ejercicio de otros derechos y garantías igualmente amparados por la Carta.

Ahora bien, ¿por qué se dice que en la configuración del delito de discriminación el legislador está en la obligación de ponderar el derecho a la igualdad con los demás derechos derivados del principio de autonomía de la voluntad? Concretamente, porque si el derecho a la igualdad impone que todas las personas sean tratadas de la misma forma, el derecho a la libertad personal autoriza a las personas establecer diferencias en el trato en el ámbito de sus relaciones personales, y muchas de estas diferencias tienen como fundamento la identidad religiosa, ideológica, filosófica o política del otro.

En concreto, el derecho a la libertad de asociación, por ejemplo, permite que los individuos decidan libremente con quien asociarse para emprender proyectos comunes de contenido político, social, económico, cultural, religioso, etc. Esta libertad cuenta, además, con

1 Ferrajoli, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Valladolid, 1997, p. 465.

una cara negativa, que garantiza el derecho de todo individuo de no asociarse con una comunidad específica o de no poder ser obligado a pertenecer a una de ellas, o, en el mismo sentido, de que no se le obligue a asociarse con otras personas. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho:

“El derecho fundamental de asociación tiene dos dimensiones. La primera, de carácter positivo, comporta la facultad de toda persona para comprometerse con otras en la realización de un proyecto colectivo, libremente concertado, de carácter social, cultural, político, económico, etc., a través de la conformación de una estructura organizativa, reconocida por el Estado y capacitada para operar en el tráfico jurídico. Desde esta perspectiva, el ejercicio del derecho de asociación apareja el deber de someterse a las reglas estatutarias cuando estas han sido adoptadas en debida forma y cuando su contenido no afecta bienes, derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico. La segunda dimensión presenta una faceta negativa, claramente derivada del derecho general de libertad y pieza fundamental de todo sistema democrático. Se trata de la facultad de toda persona para abstenerse de formar parte de una determinada asociación y del derecho correlativo a no ser obligado –ni directa ni indirectamente– a ello. (Sentencia C-697 de 1996).

Adicionalmente, existe la libertad de cultos (artículo 19 C. P.) que permite a las personas profesar libremente su religión y difundirla individual o colectivamente, lo que supone, en lo colectivo, una especificación de la libertad de asociación en el tema religioso por la cual los individuos estarían autorizados para formar colectivos de culto destinados a profesar sus convicciones metafísicas y a difundirlas con sus correligionarios.

De otro lado, las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra (artículo 27 C. P.) conceden a los individuos el derecho a fundar instituciones educativas destinadas a difundir los principios y valores, académicos, sociales, científicos, éticos, etc., que consideren dignos de transmitir a los alumnos. La Corte Constitucional dice al respecto lo siguiente:

“En el mismo sentido, es posible predicar constitucionalmente desde la óptica de las instituciones educativas, la libertad de enseñanza, es decir, aquella relacionada con la potestad de fundar centros docentes, de dirigirlos, de elegir profesores, de fijar un ideario del centro e incluso la libertad de impartir en los mismos una educación religiosa acorde con padres y directivos” (Sentencia T-662 de 1999).

La libertad de educación incluye también el derecho de los padres de escoger, a su juicio, la educación más adecuada para sus hijos, la que mejor refleja su propia concepción de la vida (artículo 68 C. P.). Por ello, en la misma providencia, la Corte dijo:

“... la facultad que el artículo 68 de la norma fundamental concede a los padres de familia, ‘está referida a la selección de las mejores opciones educativas para sus hijos menores, en el sentido de excluir toda coacción externa que haga forzoso un determinado perfil, un cierto establecimiento, una ideología específica, o que niegue a los progenitores la posibilidad de diseñar, según sus propias concepciones, la orientación pedagógica y formativa que estiman deseable para su mejor porvenir’, de manera tal que puedan escoger el tipo de educación que más les convenga entre las distintas opciones que se ofrecen, públicas y privadas, haciendo que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que

más se ajuste a las convicciones de los padres” (Sentencia T-662 de 1999).

En suma, las libertades aquí citadas entregan a los individuos la protección de la elección de las personas con quienes quieren relacionarse. Es la garantía de que los individuos pueden entablar relaciones políticas, religiosas, educativas, ideológicas, éticas, etc., con las personas que libremente consideren afines a su propia cosmovisión. En ese sentido, es poco probable que el Estado pueda sancionar comportamientos que no sólo están amparados por el estatuto constitucional, sino que son manifestaciones de la propia condición social del ser humano.

Ahora bien, el ejercicio de estas libertades encuentra límite en los derechos de los demás, pero, generalmente, en cuanto no afecte otro derecho individual y concreto, su ejercicio no está sujeto a ningún condicionamiento. En otras palabras, cuando se dice que una persona es libre de asociarse con otra, de comenzar una empresa, de divulgar un conocimiento específico, de hacer proselitismo político o religioso, implícitamente se reconoce el derecho a hacerlo en compañía de quien quiera, apoyado por aquellos que comparten su misma escala de valores, sus mismos gustos, su propia identidad. Y ello no resulta per se contrario a la Carta; constituye más bien, la manifestación primigenia de la autonomía de la voluntad.

Por supuesto, al decirse que el ejercicio de tal libertad no está condicionado, salvo vulneración de otro derecho, se quiere indicar que la asociación o vinculación del ser humano con las personas con las que se identifica en gustos y valores es plenamente voluntaria, discrecional y, en últimas arbitraria, es decir, que procede de la “facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra”, según lo informa el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Por ello, cuando la norma bajo estudio sanciona la decisión arbitraria de cualquier individuo de establecer diferencias respecto de otros sujetos por razón de su pensamiento religioso, político o filosófico, penaliza la esencia misma de su autonomía individual. Y ello porque, incluso, si la decisión de escoger a una persona por otra se basa en motivos irracionales, producto del capricho y del mero apetito, la decisión del individuo en el marco concreto de su vida personal está amparada por el espectro de su autonomía individual.

Con todo, podría argüirse que esta palabra “arbitraria”, que está contenida en la norma, no hace alusión a la mera opción discrecional del individuo, sino a aquella decisión infundada que conlleva exceso de autoridad. No debe perderse de vista que la palabra “arbitrario” se usa en el mundo jurídico para denotar abuso de autoridad. Vista así, la norma no sancionaría a quien caprichosamente establece distinciones infundadas, sino únicamente a quien ejerce autoridad y la ejerce para establecer diferencias inconstitucionales. No obstante, esta no puede ser la interpretación del término “arbitrario” que está contenido en la norma, porque como se vio al comienzo, el sujeto activo de la conducta es indeterminado, es decir, no tiene que ser una persona investida de autoridad. La descripción típica del delito, tal como está redactada, no sólo incluye a las autoridades públicas, sino a los particulares, por lo que la norma permitiría que cualquier individuo fuera sancionado por incurrir en la conducta, tenga o carezca de poder o autoridad específica. En otros términos, dado que el sujeto activo de la conducta es indeterminado y que cualquier persona puede incurrir en el delito, tanto

en escenarios públicos como en la órbita de su vida privada (pues la norma no establece ninguna diferencia), el elemento de arbitrariedad del tipo no se restringe al concepto técnico del abuso de una competencia jurídica.

Pero, incluso si se aceptara que el concepto arbitrario tiene una sola fisonomía y que tanto para servidores públicos como para particulares se refiere al ejercicio abusivo de una prerrogativa, habría que admitir que las consecuencias jurídicas en el terreno del servicio público no son las mismas que en el terreno de las relaciones individuales, donde el principio de autonomía de la voluntad adquiere un peso significativo que relativiza el peso del principio de igualdad. La decisión arbitraria de un servidor del Estado es reprochable porque atenta contra el principio de proscripción de la arbitrariedad, mientras que en las relaciones privadas, la ausencia de dicho principio obliga a utilizar otra regla de medición.

De conformidad con el texto que se objeta, hacer diferencias arbitrarias en materia religiosa, política e ideológica es penalmente reprochable tanto para quienes ejercen una autoridad específica, derivada de una competencia jurídica (lo cual parece plenamente sensato), como para quienes carecen de ella o porque no la tienen o porque actúan en el ámbito de sus relaciones personales. Esta conclusión, que se deriva del texto de la norma, resulta contraria al requerimiento de ponderación de los principios constitucionales, desborda el principio de lesividad del derecho penal y constituye, en últimas, una vulneración del principio de proporcionalidad por exceso del brazo sancionatorio del Estado.

En algunas ocasiones la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable de normas que por la amplitud de sus aspiraciones, encaminadas a la sanción o prohibición de conductas que merecían ser castigadas, han terminado por sacrificar comportamientos plenamente legítimos, protegidos por vías distintas en el régimen constitucional. La Corte se refiere a estas disposiciones utilizando la expresión inglesa “*overinclusive statutes*”, es decir, “limitaciones no permitidas por el texto constitucional en cuanto que sacrifican sin razón alguna los derechos de individuos cuya conducta no implica un riesgo social evidente”. En Sentencia C-226 de 1994, la Corte las definió de la siguiente manera: “*una situación en la cual la ley prohíbe a una determinada categoría de personas efectuar ciertas labores, incluyendo en tal grupo no sólo a las personas que efectivamente ocasionan un riesgo social sino también a personas que no causan tal riesgo*”.

En el caso concreto parece que el legislador ha incurrido en una generalización demasiado amplia y ha sacrificado intereses legítimos en su afán por recriminar los reprochables. El intérprete de la norma objeto de estudio va a encontrarse ante la situación de que la sanción penal debería recaer no sólo sobre el servidor público que arbitrariamente impide a otro el ejercicio de sus derechos, por razones religiosas, políticas e ideológicas, sino sobre el particular que hace las mismas distinciones en el ámbito de sus relaciones privadas. Y ello, por supuesto, más allá del complejo debate sobre el significado que la palabra “arbitrario” tiene en el ámbito público y el peso específico que adquiere en el de las relaciones individuales, donde no puede exigírsele al particular más obligación que la de no vulnerar los derechos ajenos.

Pero la dificultad de dar una aplicación legítima a la figura no para allí. Si bien el contraste entre los efectos de la discriminación en el ámbito público y el

netamente privado es claro, los contornos se desdibujan en contextos mixtos, donde el acceso público a los recursos sociales se mezcla con los intereses privados y el ejercicio de la autonomía individual. En estos escenarios, en que se entrelazan la vida pública y la privada, no siempre es claro que la libre elección del individuo pueda ser penalizada sobre la base de que es exigible adoptar posiciones igualitarias.

Las instituciones educativas, las congregaciones religiosas, los partidos políticos se congregan a partir de elementos de identificación religiosa, ideológica y política, lo que presupone la exclusión expresa de personas que no comparten las mismas opiniones y creencias. Si ello es así, de conservarse la norma como está, la exclusión de individuos que no comparten sus convicciones podría ser sancionada penalmente. Los escenarios de la vida pública en que la identificación juega un papel definitorio están presentes en todas las esferas de la realidad y cuesta pensar que tampoco en ellos los individuos están en libertad de establecer alguna diferencia basada, justamente, en el factor de cohesión que los diferencia.

Así, por ejemplo, cabría reprochar penalmente la conducta del director de una institución religiosa que decidiera separar de la misma a un individuo que públicamente deje de compartir dicha creencia o abrigue otra. O le sería imposible –so pena de sanción penal privativa de la libertad– al director de un partido político, excluir a un militante que ha modificado sus convicciones ideológicas al punto de hacerlas incompatibles con el proyecto filosófico de sus copartidarios. Sería reprochable también, con la misma lógica, que un centro educativo fundado con el fin de enseñar específicos valores morales decidiera no contratar profesores que públicamente abrigaran códigos éticos distintos u opuestos.

Como se ve, la tensión con el principio de igualdad, cuando este se reclama en pos del ejercicio de un derecho, no se resuelve siempre a favor de aquel, pues en el mismo círculo suelen confluir derechos contrapuestos que también ostentan una garantía constitucional equivalente. Y es que en este punto debe recordarse que el derecho a la igualdad nunca se reclama por sí mismo, sino en el marco del ejercicio de otro derecho, por lo que parece razonable afirmar que cuando se formula una denuncia por discriminación contra un particular, el esquema prefigura el ejercicio legítimo de intereses contrapuestos. De allí que la norma sea violatoria de los otros derechos constitucionales que parecen fundar sus raíces en la autonomía de la voluntad, como la libertad de asociación, la libertad de educación, la libertad de culto, etc.

Por esta razón, el debate tampoco se resuelve –y el tipo penal no se salva– acudiendo a la circunstancia de que para la configuración del delito la norma exija que el sujeto activo impida a la víctima el ejercicio de un derecho: precisamente, dada la estructura del delito, la conducta punible, tal como se desprende de la norma objetada, podría terminar configurándose en ámbitos en que el ejercicio de un derecho (el de la víctima) se ofrece como correlato del ejercicio de otro de naturaleza equivalente (el del victimario).

La falta de determinación de los escenarios en que puede configurarse la conducta delictiva hace del tipo penal materia de objeción una pieza de aplicación excesiva que no consulta el grado de autonomía personal del ámbito en que se produce la conducta. Para usar una escala gradual adecuada, podría decirse que a ma-

yor nivel de privacidad de las relaciones personales, mayor grado de arbitrariedad en el ejercicio de los derechos individuales. Y si dicha *arbitrariedad legítima* existe, parece inadecuado e ilegítimo que el tipo penal establezca una sanción para todos los casos y sin atender al grado de relevancia que la autonomía de la voluntad asuma en un estrato determinado de las relaciones humanas.

Estas consideraciones se refuerzan si se tienen en cuenta las circunstancias de agravación punitiva de la conducta. El numeral 1 del artículo 134 c) precisa que la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad si se ejecuta en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público, mientras el numeral 3 advierte que se incrementará en el mismo porcentaje si el comportamiento lo realiza un servidor público.

A *contrario sensu*, si el comportamiento lo realiza un particular, en el ámbito propio de su privacidad, el delito recibirá la pena ordinaria, sin agravante, pero no por ello dejará de existir. Es claro, a partir de una interpretación sistemática de las disposiciones, que la conducta discriminatoria es sancionable en el ámbito netamente privado de las relaciones humanas, sin atención al contrapeso que en el mismo ofrece el derecho a la libertad humana, a la autonomía de la voluntad del supuesto victimario.

Los problemas teóricos y prácticos que genera la aplicación de la norma evidencian la complejidad del fenómeno discriminatorio. Permiten entender que al tiempo que existen ciertos factores y espacios específicos en que el trato diferenciado es altamente reprochable, como la discriminación racial para el acceso a un cargo público, hay también características individuales relativas y modificables y espacios íntimos y privados en los que la misma diferenciación es no sólo tolerable, sino, incluso, respetada, más allá de la motivación racional de quien discrimina e, incluso, a pesar de su capricho y arbitrariedad. Indican, además, que en virtud de la interconexión de los factores que intervienen en el fenómeno discriminatorio, existen espacios mixtos, públicos y privados, en los que el derecho a la igualdad termina aprisionado entre derechos legítimamente protegidos y enfrentados, a cuya tensión el legislador debe dar una solución satisfactoria.

De allí que no sea legítimo que el legislador establezca una sanción penal de espaldas a dicha complejidad y que recurra al reproche máximo del sistema sancionatorio para castigar comportamientos de anti-juridicidad material dudosa. Parece reprochable que en este episodio el legislador opte por la máxima punición sin ofrecer lineamientos claros que permitan conocer, con toda certeza, dónde comienza el Código Penal y dónde termina el ejercicio legítimo de la autonomía, si es que en este caso puede hablarse de que algo de la autonomía de la voluntad ha quedado en pie.

**3.3 Inconstitucionalidad de la expresión “personas en ejercicio de funciones propias del cargo que ostenta”, contenida en el artículo 5° del proyecto de ley**

Los argumentos que sustentan la inconstitucionalidad de la expresión “personas en ejercicio de funciones

propias del cargo que ostenta” están fundados en las mismas razones que justificaron la inconstitucionalidad del artículo 3°.

En efecto, la expresión acusada consagra como causal de agravación de la conducta el que la misma sea cometida por un servidor público (circunstancia que no admite discusión) o por persona en ejercicio de funciones propias de su cargo, con lo cual parece indicar que también son sujetos activos del punible de discriminación los contratistas y trabajadores particulares respecto de las funciones propias asignadas. En estas condiciones, la norma acusada extiende el reproche penal a los comportamientos realizados dentro de la órbita individual del ser humano, lo cual resulta violatorio de sus derechos fundamentales, en particular, de su derecho a la intimidad (artículo 15), del libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), la libertad de cultos (artículo 19), la libertad de enseñanza (artículo 27), entre otros.

Ciertamente, en ejercicio de las funciones asignadas a su cargo, las personas pueden asumir responsabilidades que exigen diferenciar a los individuos en razón de algunos factores que de acuerdo con la norma pueden resultar discriminatorios, pese a lo cual el Estado no está autorizado a intervenir habida cuenta de la preservación de otros derechos fundamentales cuyo ejercicio es dable ponderar frente al derecho pretendido por la supuesta víctima. De allí que la intromisión del derecho penal en este ámbito resulte contraria a los principios constitucionales, tal como se expuso respecto del artículo 3° del proyecto.

En los términos anteriores, el Gobierno deja planteada la objeción por inconstitucionalidad parcial contra el proyecto de ley de la referencia.

Atentamente,

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Justicia y del Derecho,

*Juan Carlos Esguerra Portocarrero.*

**CONTENIDO**

Gaceta número 799 - martes, 25 de octubre de 2011

**SENADO DE LA REPÚBLICA**

**PONENCIAS**

**Págs.**

Ponencia para primer debate texto propuesto al proyecto de ley número 98 de 2011 senado por medio de la cual se adoptan normas y requisitos mínimos para el uso y supervisión técnica de sistemas verticales de transporte de personas, de tipo eléctrico, automático y mecánico y se dictan otras disposiciones .....	1
--	---

**OBJECIONES PRESIDENCIALES**

Objeciones presidenciales al proyecto de ley número 165 de 2010 cámara, 08 de 2010 senado por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones .....	3
--	---