



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

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

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXI - N° 827

Bogotá, D. C., miércoles, 21 de noviembre de 2012

EDICIÓN DE 28 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
 SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
 www.secretariasenado.gov.co

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE EN SEGUNDA VUELTA AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 16 DE 2012 SENADO, 192 DE 2012 CÁMARA

por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia.

Bogotá, D. C., noviembre de 2012

Doctora

KARIME MOTA Y MORAD

Presidente Comisión Primera

Honorable Senado de la República

Ciudad

Asunto: Presentación informe de ponencia para primer debate en segunda vuelta al **Proyecto de Acto Legislativo número 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara, por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia.**

En nuestra condición de ponentes del **Proyecto de Acto Legislativo número 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara, por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia**, nos permitimos presentar ponencia positiva para primer debate en Comisión Primera de Senado.

Ponencia para primer debate en segunda vuelta al **Proyecto de Acto Legislativo número 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara, por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia.**

En cumplimiento de la designación que hiciera la mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado, nos permitimos presentar informe de ponencia para primer debate al **Proyecto de Acto Legislativo número 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara, por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia.**

La seria y profunda deliberación en torno a esta iniciativa llamada a fortalecer la Justicia Penal Militar y el establecer reglas claras para la investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública colombiana llega hoy a su penúltima etapa en el honorable Congreso de la República, con el apoyo decidido y mayoritario de los miembros del Senado y la Cámara de Representantes.

El respaldo de este grupo de ponentes, renovado en la presentación de esta ponencia positiva, responde una vez más a ese sentir y refrenda nuestra comunión con los propósitos que motivaron su presentación.

Entretanto, con el ánimo de honrar el espíritu abierto y participativo que ha acompañado al proyecto desde su misma concepción, la Comisión Primera convocó una audiencia pública el pasado 15 de noviembre, la cual contó con la nutrida participación de organizaciones nacionales e internacionales de Derechos Humanos, asociaciones de militares retirados, particulares y miembros del Gobierno Nacional.

En primer lugar, intervino la señora Libia Ordóñez en representación del movimiento social

Cordialmente,

ARMANDO BENEDETTI
 Senador de la República

JUAN CARLOS VELEZ
 Senador de la República

JUAN MANUEL GALÁN
 Senador de la República

HERNÁN FRANCISCO ANDRADE
 Senador de la República

JORGE EDUARDO LONDOÑO
 Senador de la República

HEMEL HURTADO ANGULO
 Senador de la República

SIN FIRMA
 PARMENIO CUELLAR
 Senador de la República

Damas Verde Oliva, quien apoyó la reforma y reclamó el fuero militar como una necesidad, a la vez que hizo un llamado a otorgar reglas claras para la investigación de las conductas cometidas por miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Esta postura fue reiterada por otros asistentes a la Audiencia, como el señor Héctor Alaguna, la señora Carolina Arévalo y el señor Óscar Gordillo, este último en representación de la ONG Cadena de Favores, al elevar su voz de respaldo a la Fuerza Pública y exigir para esta fuero pleno y justicia sin impunidad.

Posteriormente intervino el señor Alberto Yepes en representación del Observatorio de Derechos Humanos de la coordinación Europa Estados Unidos, quien expresó preocupación frente a la impunidad ante los casos de ejecución extrajudicial o mal llamados “falsos positivos” y a que otras conductas, como la violencia sexual o la tortura, pasen al conocimiento de la jurisdicción castrense por cuenta de esta iniciativa. Advierte que, por cuenta de una eventual impunidad, estas investigaciones podrían ser asumidas por la Corte Penal Internacional.

A su vez, al cuestionar la imparcialidad e independencia de la Justicia Penal Militar, sugirió que todas las violaciones a los Derechos Humanos sean de conocimiento de la Justicia Ordinaria y puso en entredicho la creación del Tribunal de Garantías y la Comisión Mixta. El señor Yepes presentó una carta suscrita por 230 organizaciones de Derechos Humanos colombianas y 32 organizaciones internacionales, en la que se rechaza el contenido del proyecto de acto legislativo.

La oposición a la iniciativa, en términos similares, fue reiterada en la intervención de otras organizaciones como Sisma Mujer, Viva la Ciudadanía, Federación Internacional de Derechos Humanos, Colectivo José Alvear Restrepo, Comisión Colombiana de Juristas y Corporación Jurídica Libertad.

La señora Viviana Rodríguez de Sisma Mujer manifestó su preocupación frente a una eventual impunidad con la expedición de la reforma con énfasis en los derechos de las mujeres y expresó, entre otras, su desacuerdo con la creación de lo que llamó un sistema de justicia paralelo, con mecanismos para resolver conflictos de competencia entre la Justicia Ordinaria y la Penal Militar.

De la intervención del señor Carlos Restrepo de Viva la Ciudadanía, quien considera innecesaria la reforma, se resalta la preocupación por la vulneración al principio de igualdad, derivado de la creación del Tribunal de Garantías Penales y la Comisión Mixta.

Así mismo, el señor Luis Guillermo Pérez de la Federación Internacional de Derechos Humanos afirmó que la reforma iría en contra de las obligaciones internacionales de Colombia y expresó su

desconfianza ante la independencia e imparcialidad de la Justicia Penal Militar, no solo en Colombia, sino en otras partes del mundo donde opera en medio de los conflictos.

A su vez, la señora Yomari Ortegón del colectivo de abogados José Alvear Restrepo desdice de la necesidad de un conocimiento especializado para juzgar conductas cometidas por los miembros de la Fuerza Pública. Frente a la lista de delitos propone que, en lugar de ampliarla, se establezca que ningún delito pueda ser conocido por la jurisdicción castrense y crítica la inclusión de centros especiales de reclusión, por considerarlos una extensión ilegítima del fuero militar.

El señor Juan Camilo Rivera, en representación de la Comisión Colombiana de Juristas indicó igualmente que todas las infracciones al DIH deberían ser conocidas por la Justicia Ordinaria y dijo que el fuero, al no ser un deber con la fuerza pública, debe ser cada vez más restrictivo. Estos criterios fueron compartidos por la señora Claudia Erazo, de la Corporación Jurídica Libertad, quien concluyó a su vez que la reforma era innecesaria.

En sentido similar se pronunció el señor Kenneth Burbano, Coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana de la facultad de derecho de la Universidad Libre, al señalar que si la Justicia Penal Militar asume casos que deben ser de conocimiento de la Justicia Ordinaria se viola el principio del juez natural. A su vez, desmintió la preocupación en torno al convenio entre la Fiscalía y el Ministerio de Defensa; criticó la forma de nominación de miembros del Tribunal de Garantías y sugirió mejorar la redacción en cuanto su composición.

Sin perjuicio de lo anterior, el señor Burbano concede que el Derecho Internacional Humanitario no es aplicado debidamente por los jueces, lo que va en contravía del debido proceso, y que la especial relación con el Estado de los miembros de la Fuerza Pública justifica la creación del Tribunal de Garantías, más no el Fondo de Defensa Técnica Especializada. Adicional a ello, recomienda dejar intacto el artículo 221 de la Constitución y que la Justicia Penal Militar se integre a la rama judicial.

Por último, el señor Juan Carlos Monje de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos manifestó que la reforma constituía un retroceso para la administración de justicia y recalzó, entre otras, su preocupación por la eventual impunidad frente al tema de las ejecuciones extrajudiciales o mal llamados “falsos positivos”. En su dicho, la Justicia Penal Militar solo debe juzgar conductas contra el estamento militar.

Por otra parte, la señora Tania Parra de la Fundación Fuimos Héroe concentró su argumentación en la necesidad de seguridad jurídica para la Fuerza Pública, pero cuestionó que la reforma no trace soluciones de fondo para abarcar el problema.

A su vez, la audiencia contó con la participación de representantes de asociaciones de miembros de la Fuerza Pública en retiro, quienes reiteran la necesidad de un fuero pleno, por considerarlo una garantía y no un privilegio para las Fuerzas Militares. Los Generales en retiro Jaime Ruiz y Rodrigo Quinónez, representantes de ACORE, hicieron a su vez un llamado de respaldo a la Fuerza Pública, especialmente a instancias del proceso de paz.

Del mismo modo, el General (r) José Arturo Camelo, Decano de la Facultad de Derecho de la Escuela Militar de Cadetes afirmó sobre la lista de delitos que esta no debe establecerse desde la Constitución y celebra, como los generales Ruiz y Quinónez, el establecimiento desde la Carta Superior de los centros especiales de reclusión. Igualmente, cuestionó la idoneidad del Consejo Superior de la Judicatura a la hora de dirimir conflictos de competencia; cuestionó la capacidad del Tribunal de Garantías para enfrentar la carga de funciones que el proyecto le asigna; y resaltó la importancia de crear el cuerpo técnico de investigación de la Justicia Penal Militar, como verdadera garantía para la seguridad Jurídica de los miembros de la Fuerza Pública.

Por último, se escuchó la exposición del señor Luis Manuel Neira, Secretario General del Ministerio de Defensa, quien indicó que esta reforma a la Justicia Penal Militar constituía una herramienta fundamental para fortalecer esa jurisdicción y solucionar una serie de divergencias en la interpretación del marco jurídico aplicable a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de su misión constitucional. Si el tema fuera pacífico o innecesario, indicó, no habría tanta complejidad a la hora de asignar competencias entre las dos jurisdicciones, o un número importante de casos documentados en los cuales se tomaron decisiones en contra de militares por bajas legítimas en combate, con sustento en criterios de imputación totalmente ajenos a las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

En relación con la discusión en torno a los delitos que por expresa disposición constitucional deben ser excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, recordó que el Gobierno Nacional presentó al Congreso un listado con nueve conductas que hoy, por el natural y valioso debate democrático, se ha limitado a tres.

Así mismo, hizo especial énfasis en que la Justicia Penal Militar de ninguna manera puede ser entendida como una justicia paralela. Es una justicia especializada y así es entendida en varios países; los principios de autonomía e independencia que deben regir su accionar serán garantizados en las leyes estatutaria y ordinaria llamadas a desarrollar esos preceptos.

En cuanto a la armonización del derecho penal interno con el Derecho Internacional Humanitario, indicó que de ninguna manera este se va a modifi-

car. De lo que se trata es que sea aplicado en Colombia de manera correcta sin que se convierta en patente de corso para la impunidad.

Por último, frente a las manifestaciones según las cuales el principio de igualdad se vulneraría con la creación del Tribunal y la Comisión Mixta, afirmó que la relación especial de sujeción con el Estado de los miembros de la Fuerza Pública justifica plenamente la creación de esa institucionalidad.

Una vez sintetizadas las anteriores intervenciones y antes de analizar uno a uno los puntos del articulado, valga decir que los ponentes no son indiferentes a las preocupaciones sentadas en la audiencia pública. Por ello, con el firme acompañamiento del Gobierno Nacional y el Ministerio de Defensa, propondremos algunos ajustes puntuales orientados a dar mayor claridad frente a una reforma que, como ya se ha dicho, no pretende ni ha pretendido dar cabida alguna a la impunidad.

Al advertir sobre esto, varias presentaciones en la audiencia parten de predicciones de difícil aceptación. La desconfianza en la Justicia Penal Militar no es razón suficiente para invocar tal impunidad o advertir sobre posibles retrocesos en la administración de justicia, mucho menos cuando esta iniciativa apunta, precisamente, a fortalecerla, modernizarla y revestirla de certidumbre.

Hasta tanto no se ponga en marcha este esquema renovado de la jurisdicción castrense, fruto de un ejercicio serio, participativo, respetuoso de las reglas democráticas y del Estado de Derecho, cualquier afirmación resulta inapropiada.

En el mismo sentido, no es de recibo cualquier inquietud sobre la predecible falta de independencia e imparcialidad de los tribunales militares. Valga recordar que el establecimiento de estas garantías desde el texto de la reforma constitucional es ya una garantía en sí misma, y que la ley estatutaria que las desarrolle habrá de acogerse a la severidad del trámite legislativo y el control automático e integral de la Corte Constitucional. En todas estas instancias, la participación de la sociedad civil se garantiza desde la Norma Superior.

Entretanto, este proyecto de acto legislativo constituye un paso afirmativo para solucionar un evidente problema de inseguridad jurídica, no solo de las partes involucradas en los procesos judiciales, sino de 430 mil policías y militares en el marco de las operaciones, acciones y procedimientos acometidos en desarrollo de su compleja misión institucional.

Así las cosas, estamos convencidos de que esta reforma es necesaria. Fortalecer la jurisdicción Penal Militar y establecer reglas claras y unívocas para la investigación y juzgamiento de las conductas cometidas por los miembros de una Fuerza Pública que, como pocas en el mundo, enfrenta día a día inmensos desafíos, es un pendiente de más de medio siglo que el Gobierno ha acometido con sentido de madurez institucional y que este Con-

greso, en su gran mayoría y en representación del pueblo colombiano, ha acompañado con determinación.

Hechas esas consideraciones, los suscritos ponentes procederemos a abordar el articulado del proyecto de acto legislativo, así:

Tribunal de Garantías

El texto aprobado en la Cámara de Representantes es el siguiente:

Artículo 1°. *Adiciónese el artículo 116 de la Constitución Política con los siguientes incisos:*

Créase un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, y ejercerá las siguientes funciones:

1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.

2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral.

3. Las demás funciones que le asigne la ley.

El Tribunal de Garantías estará integrado por seis (6) Magistrados, tres (3) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. Dos (2) miembros serán elegidos por las Salas de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, dos (2) por la Sala de Gobierno del Consejo de Estado y dos (2) por la Corte Constitucional en pleno. Los miembros de la Fuerza Pública en retiro de este Tribunal serán elegidos, uno (1) por cada Corte, de tres (3) ternas que enviará el Presidente de la República.

Una ley estatutaria establecerá los requisitos exigidos para ser magistrado, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el mecanismo de postulación de candidatos, el procedimiento para su selección y demás aspectos de organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales.

Los reparos frente a la vulneración al principio de igualdad por cuenta de la creación de este Órgano Colegiado no son de recibo por este grupo de ponentes, en la medida en que, como se indicó en la exposición de la Universidad Libre y del Ministerio de Defensa Nacional, existe una relación especial de sujeción de los miembros de la Fuerza Pública frente al Estado y un mandato de arraigo constitucional que ordena dar un tratamiento diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten elementos en común.

La especialidad de la función y cargas impuestas a los militares y policías desde la Norma Superior justifican sin duda dicho tratamiento, así como la creación de un andamiaje jurídico especial de Alto Nivel perteneciente a la justicia ordinaria, como el

previsto en este proyecto de reforma, que pueda ejercer control formal y material de la acusación, siente jurisprudencia y propenda por la unificación de criterios.

Sobre esto, se advierte que los jueces de control de garantías, al actuar en los procesos propios del sistema penal oral acusatorio, aseguran la vigencia de los derechos de todas las partes inmersas en el proceso penal, esto es de las víctimas y de los acusados. Así, en ningún momento se contempla que este Tribunal actúe solamente para garantizar los derechos procesales del acusado o de los miembros de la Fuerza Pública; por el contrario, actuará en el proceso penal de manera preferente, como juez de control de garantías, sin discriminación alguna en relación con las partes del proceso.

Dicho esto, la argumentación presentada en primera vuelta por este grupo de ponentes para sustentar el establecimiento de un Tribunal de Garantías Penales es idéntica hoy, y se reitera en los siguientes términos:

“La pertinencia de crear este Tribunal no ha sido discutida. La posibilidad de que tenga competencia preferente frente a la jurisdicción penal militar y a la jurisdicción ordinaria es consecuencia con la propuesta integral contenida en el proyecto de Acto Legislativo en la medida en que la definición clara de competencias entre jurisdicciones a la cual apunta la propuesta, implica que las investigaciones a miembros de la Fuerza Pública podrá darse en una jurisdicción como en la otra, según la naturaleza del delito o su relación con el servicio, y de ahí se desprende la necesidad de precisar a nivel constitucional que el Tribunal tendrá la capacidad de actuar, cuando lo considere necesario, en las dos jurisdicciones de manera preferente, esto es, sobre los órganos coexistentes que también serían competentes para asumir como juez de control de garantías, con los claros fines y alcances contenidos en la propuesta”.

Ahora bien, frente al texto aprobado en primera vuelta por esta Corporación, advertimos dos cambios importantes, incorporados por la honorable Cámara de Representantes.

En primer lugar, la honorable Cámara eliminó la función del Tribunal de dirimir de manera permanente los conflictos de competencia entre la Justicia Ordinaria y Penal Militar (propuesta liderada en primera vuelta por los Senadores Juan Manuel Galán y Juan Carlos Vélez, entre otros) con sustento en que, por la fallida reforma a la justicia, el artículo 256 de la Constitución se mantenía incólume y que, por esa vía, no era procedente tal estipulación.

Para este grupo de ponentes, las razones de la Cámara no son razón suficiente para desestimar esta pretensión. Como lo afirmáramos con ocasión de la ponencia para segundo debate en primera vuelta en el honorable Senado, no se trata de variar de competencia al Consejo Superior de la Judicatura en virtud del artículo 256, sino de crearla

para los asuntos concretos que, en virtud de esta reforma, deba conocer el Tribunal de Garantías Penales.

En ese entonces, en concreto, se expresó:

“En cuanto a la facultad del Tribunal para dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre las dos jurisdicciones, los ponentes consideran importante definir, desde el texto constitucional, una facultad permanente para que este órgano especializado, integrado por magistrados con rango de Corte, defina a cuál de ellas corresponde el conocimiento de la investigación y juzgamiento de una presunta conducta punible, cometida por un miembro de la Fuerza Pública.

En virtud del artículo 256 de la Constitución, es el Consejo Superior de la Judicatura quien tiene la competencia para dirimir este tipo de conflictos. Sin embargo, la experiencia ha enseñado que la especialidad de los casos que atañen al actuar de la Fuerza Pública requiere de un conocimiento más específico y un trámite más expedito y garantista. No se trata de vaciar de competencia al órgano encargado de esta función, sino de crearla para los asuntos concretos que, en virtud de este acto legislativo, deba conocer el Tribunal de Garantías Penales”.

Así las cosas, en el mismo sentido del texto aprobado en primera vuelta, reincorporaremos la función de dirimir los conflictos de competencia de orden exclusivamente penal que se susciten entre la Justicia Penal Militar y la Justicia Ordinaria, en cabeza del Tribunal de Garantías Penales.

En segundo lugar, la honorable Cámara en ponencia para primer debate redujo de ocho (8) a seis (6) la composición del Tribunal, en razón a que, sustraída la función de ser órgano permanente de definición de competencia, resultaba pertinente ajustar su conformación *“a las realidades y desafíos que ese Cuerpo Colegiado habrá de enfrentar”.*

En la medida en que se reincorporará al Tribunal la función de ser órgano permanente de definición de competencia, que por cuenta de ello es necesario garantizar su rotación y operatividad y que la asunción de cargas requiere de una estructura capaz de asumir los desafíos que la norma comprende, volveremos a la composición aprobada en el honorable Senado, esto es ocho (8) magistrados, cuatro (4) de ellos miembros en retiro de la Fuerza Pública y ajustaremos el texto, encargando a ley estatutaria el mecanismo para su selección. Esto, también a la medida del texto aprobado en primera vuelta por el honorable Congreso de la República.

En ese sentido, se modifica el artículo 1 del proyecto de acto legislativo, el cual quedará así:

Artículo 1°. Adiciónese el artículo 116 de la Constitución Política con los siguientes incisos:

Créase un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, y ejercerá las siguientes funciones:

1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.

2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral.

3. De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar.

4. Las demás funciones que le asigne la ley.

*El Tribunal de Garantías estará integrado por **ocho (8)** Magistrados, **cuatro (4)** de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. ~~Do~~ **dos (2)** sus miembros serán elegidos por las Salas de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, ~~dos (2)~~ **por** la Sala de Gobierno del Consejo de Estado **y dos (2) por** la Corte Constitucional en pleno. Los miembros de la Fuerza Pública en retiro de este Tribunal serán elegidos; ~~uno (1) por cada Corte~~, de **cuatro (4)** ternas que enviará el Presidente de la República.*

Una ley estatutaria establecerá los requisitos exigidos para ser magistrado, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el mecanismo de postulación de candidatos, el procedimiento para su selección y demás aspectos de organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales.

Ley estatutaria

Artículo 2°. Adiciónese al artículo 152 de la Constitución Política un literal g), así:

g) Las materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la constitución, de conformidad con el presente acto legislativo.

Se preserva la redacción y se reitera, conforme a este acto legislativo, qué materias serán objeto de trámite estatutario:

- Tribunal de Garantías (artículo 1°).
- Armonización del DIH y el Derecho penal interno (artículo 3° inciso 3°).
- Comisión Mixta (artículo 3° inciso 4°).
- Garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar (artículo 3° inciso 6°).

Delimitación de competencias entre justicia ordinaria y justicia penal militar

El texto aprobado señala:

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio y desaparición forzada. Las infracciones al Derecho Internacional

Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Para los suscritos ponentes, el listado taxativo y cerrado de conductas excluidas de la Justicia Penal Militar es una previsión de la mayor importancia, en la medida en que establece desde la Norma Superior aquellos delitos que, para el Legislador, deberían estar ajenos a cualquier controversia jurídica en cuanto a su competencia, investigación y juzgamiento.

Se trata, pues, de señalar desde la Constitución, en virtud de un proceso de deliberación democrática y de decisión política reservada al honorable Congreso de la República, qué conductas cometidas por miembros de la Fuerza Pública deben ser de conocimiento expreso de la Justicia Ordinaria.

Así las cosas, la primera gran armonización jurídica y definición de reglas claras que plantea esta reforma pasa por los mandatos de esta norma precursora¹, con la cual entendemos cerrada cualquier discusión futura en cuanto a qué conductas cometidas por los miembros de la Fuerza Pública infieren el rompimiento *ipso jure* con el servicio y deben, por determinación exclusiva del honorable Congreso de la República y en atención a la jurisprudencia constitucional y el contexto colombiano, sustraerse de la esfera de la Justicia Penal Militar.

Así las cosas, cualquier criterio para la asignación de competencias entre las dos jurisdicciones ha de leerse a la luz de los mandatos de este inciso.

Ahora bien, la honorable Cámara de Representantes apeló con buen tino a un listado de tres conductas -crímenes de lesa humanidad, genocidio y desaparición forzada- que bajo ningún motivo podrían ser del conocimiento de la jurisdicción castrense.

No obstante lo anterior, y luego de sopesar las diversas opiniones generadas en el transcurso de los debates y otros escenarios de participación democrática, consideramos necesario ampliar ese listado de delitos.

¹ **Sobre esto los Ponentes, en el trámite en primera vuelta en el Senado de la República afirmaron:** “Incorporar desde la Constitución este listado de delitos como de competencia de la justicia ordinaria permite reafirmar la cláusula de competencia propuesta en el mismo inciso según la cual, salvo las conductas incluidas en el listado, las infracciones al Derechos Internacional Humanitario serán conocidas por las cortes marciales o tribunales militares.

Por esencia, valga resaltar que en la medida en que los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario son cometidos “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”, se infiere que estos se enmarcan en una relación con el servicio y de allí la necesidad de que sean investigados y juzgados por el juez natural, tal y como lo señala el inciso primero del actual artículo 221 de la Constitución Política”.

El Ministerio de Defensa Nacional, en el interés que el debate precise y cierre cualquier duda frente al alcance de la propuesta legislativa, expresó su firme acompañamiento a esta determinación.

Dicho esto, reincorporaremos la *ejecución extrajudicial* como conducta que bajo ningún motivo puede ser de conocimiento de la Jurisdicción Penal Militar.

Así, pretendemos que casos aislados, como los mal llamados “falsos positivos”, bajo ninguna medida y por tratarse de homicidios en los que la víctima ha sido puesta para este fin en estado de absoluta indefensión, sean de conocimiento de tribunales militares.

El Gobierno Nacional y la honorable Cámara de Representantes, desde el inicio del trámite, han sido claros en su comunión con esta postura y en el apoyo a cualquier previsión que sirva para dar tranquilidad frente al tema. En atención a ello, y conforme a lo aprobado en primera vuelta por esta Corporación, preferiremos la mención expresa de la *ejecución extrajudicial* en el listado taxativo de que trata el presente inciso.

Por otro lado, los ponentes vemos conveniente incluir nuevamente la *violencia sexual* dentro de la lista en mención. Lo anterior es consonante con el interés que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Defensa Nacional, ha mostrado en torno a evitar y prevenir que este tipo de conductas sean perpetradas por los miembros de la Fuerza Pública en el marco del conflicto armado, y responde a las solicitudes puntuales de Organizaciones nacionales e internacionales de Derechos Humanos.

Así mismo, atendiendo algunas opiniones recogidas a lo largo de un debate abierto y transparente suscitado, entre otras, en la audiencia pública del 15 de noviembre, incorporaremos a la cláusula de definición de competencia del acto legislativo el delito de tortura, previsto entre otros en el artículo 3° común a los Protocolos de Ginebra.

Esta inclusión sirve para reafirmar un criterio prevalente, en virtud del cual se excluyen específica y taxativamente de la jurisdicción castrense aquellas graves violaciones a los Derechos Humanos que, por decisión del honorable Congreso de la República, rompen *ipso jure* la relación con el servicio.

Finalmente, insistiremos en la inclusión del delito de desplazamiento forzado, por las razones esgrimidas en la primera vuelta del proyecto en el honorable Senado de la República, así:

“El desplazamiento forzado debe ser incluido dentro de aquellos delitos de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, por la gravedad de la comisión de ese delito en Colombia. La Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia T-025 de 2004 que toda persona desplazada “[c]omo víctima de un delito, tiene todos los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen por esa condición para asegurar que se haga justicia, se revele

la verdad de los hechos y obtenga de los autores del delito una reparación”. Como es obvio, el delito de desplazamiento forzado no contempla las acciones autorizadas por el artículo 17 del Protocolo II, que permite a la Fuerza Pública ordenar el traslado de la población civil cuando “lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas”. Esta autorización expresa a la Fuerza Pública se refleja en las normas penales nacionales. En efecto, el artículo 159 del Código Penal sólo prohíbe los desplazamientos que se ordenan “sin que medie justificación militar”.

Vistos los anteriores considerandos, se propone modificar el texto del inciso 2° del artículo 3°, así:

*En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, y desaparición forzada, **ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado.** Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.*

Marco jurídico aplicable al conflicto armado

El texto aprobado señala:

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.

Se preserva la redacción de este inciso, fundamental para el establecimiento de reglas claras en cuanto al marco jurídico aplicable a las conductas en las que se vean inmersos los miembros de la Fuerza Pública, en beneficio de víctimas y procesados.²

Comisión mixta

La propuesta fue aprobada en la Cámara de Representantes, en los siguientes términos:

² *Sobre esto, la ponencia para primer debate en primera vuelta en esta Corporación, indicó: (...) Resulta claro que las conductas de los integrantes de la Fuerza Pública, en relación con las hostilidades propias de un conflicto armado, deben ser evaluadas a la luz del conjunto de reglas pertinentes, entre ellas el Derecho Internacional Humanitario que regula el uso legítimo de la fuerza por parte del Estado en situaciones de conflicto armado.*

Los tratados de Derecho Internacional Humanitario no establecen penas específicas, ni tampoco una jurisdicción para juzgar a los infractores, pero imponen expresamente a los estados la obligación de aprobar leyes destinadas a castigar a los infractores. Para tener claridad al momento de adelantar estas investigaciones, es urgente definir la forma como se han de aplicar concurrentemente el derecho penal interno y el Derecho Internacional Humanitario cuando sean investigadas y juzgadas conductas de militares o policías relacionadas con el conflicto armado. (...)

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir.

La principal observación derivada de las intervenciones en la audiencia pública tiene que ver con la supuesta facultad encargada a esta comisión, para dirimir los conflictos de competencia entre la justicia Ordinaria y la Penal Militar. Para responder a este reparo, vale la pena recordar que este Órgano técnico de carácter excepcional, conformado por miembros de las dos jurisdicciones se limita, en caso de duda, a constatar los hechos, remitir un informe y servir por esa vía a la certidumbre y celeridad de las decisiones judiciales.

Así pues, de manera alguna tiene la Comisión Mixta potestad de definir conflictos o de señalar la competencia, facultad que conforme a esta ponencia, se asignará al Tribunal de Garantías Penales.

No hay que perder de vista que esta institución se ha concebido a partir del artículo 90 del Protocolo 1 adicional a la Convención de Ginebra, que establece la llamada “comisión de encuesta” o “comisión de verificación de hechos”, la cual tiene entre sus funciones investigar y determinar los hechos que se consideran violatorios de los Convenios. De paso, la norma permite avanzar en la constitución de una policía judicial a cargo de la Justicia Penal Militar, para cristalizar la colaboración entre las dos jurisdicciones, en pro de una mejor y más pronta administración de justicia.

Hecha esta aclaración, se preserva la redacción del inciso, tal y como se aprobó en la honorable Cámara de Representantes.

Justicia penal policial

Se preserva la propuesta como viene aprobada, en los siguientes términos³:

La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un Código Penal Policial.

³ *La ponencia para primer debate en primera vuelta en el H. Senado se refirió a este inciso de la siguiente manera: “La Policía Nacional tiene una misión constitucional diferente a la de las Fuerzas Militares y es definida desde la Constitución como un cuerpo de naturaleza civil. La conducta natural de sus miembros debe respetar un marco jurídico diferente al que rige las operaciones militares. Por ello, es conveniente permitir que el legislador establezca jueces y tribunales policiales competentes para investigar y juzgar los delitos cometidos por los policías en servicio activo y en relación con el mismo servicio (...)”.*

Estructura de la Justicia Penal Militar

El texto aprobado por la Cámara de Representantes a conservar en esta ponencia, consigna:

La ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Además, una ley ordinaria regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

Con miras a revalidar el acompañamiento a este inciso, apelamos a lo afirmado en la ponencia en primera vuelta presentada en esta Corporación, así:

“La independencia e imparcialidad son la mayor garantía de credibilidad y efectividad de una institución como la justicia penal militar. La propuesta de Acto Legislativo sienta las bases para que el legislador garantice una estructura administrativa adecuada a las necesidades de operatividad del sistema penal acusatorio, que ensancha la organización judicial especializada con la implementación de la Fiscalía General Penal Militar y el Cuerpo Técnico de Investigación, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1407 de 2010.

De ahí la oportunidad para crear legalmente una unidad administrativa especial con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y financiera, adscrita al Ministerio de Defensa para dotar a la jurisdicción especializada de una verdadera estructura con un cuerpo autónomo de justicia penal militar, independiente del mando institucional y con un sistema de carrera propio. Debe, además, establecer garantías adicionales que no permitan cuestionar la independencia e imparcialidad de la justicia penal militar y ni la confiabilidad de los procesos que se sustancien ante ella”.

Entretanto, consideramos acertado que las garantías de autonomía e imparcialidad sean objeto de una ley estatutaria (por las razones expresadas al inicio de esta ponencia), y que sea una ley ordinaria la que se encargue de la estructura y sistema de carrera propio e independiente del mando institucional a través, incluso, de facultades expresas al Gobierno Nacional para regular algunos aspectos específicos, propios de dicho sistema.

El inciso, tal como está concebido, conmina a las leyes que lo han de desarrollar a ajustarse a los citados mandatos y principios, como base para la credibilidad de la Justicia Penal Militar y garantía para la transparencia de sus decisiones.

Defensa técnica especializada

Se conserva el texto como viene aprobado, así:

Créase un fondo destinado específicamente a financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en la forma en que lo regule la ley, bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

Por las razones expresadas en la ponencia para segundo debate en primera vuelta en el honorable

Senado de la República⁴, entre otras, reiteramos la valía de esta disposición, así como la inclusión del artículo transitorio concebido en el seno de esta Corporación, para poner en marcha el Fondo de Defensa Técnica y Especializada en los tres meses siguientes a la promulgación de este acto legislativo.

Artículo 5°. Transitorio. *Facúltese por tres (3) meses al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley necesarios para poner en marcha el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de que trata el presente acto legislativo. Los decretos expedidos bajo esta facultad regirán hasta que el Congreso expida la ley que regule la materia.*

Centros de Reclusión Especial

No se modifica el texto aprobado en la honorable Cámara de Representantes, el cual quedará así:

Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la Unidad a que pertenezcan. Cumplirán la condena en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública.

El establecimiento de centros especiales de reclusión para miembros de la Fuerza Pública no es cosa sino la respuesta a lo previsto en la Sentencia T-153 de 1998 la cual, al declarar un estado de cosas inconstitucional, ordenó al INPEC recluirla en dichos centros a los miembros de la Fuerza Pública privados de la libertad, con miras a preservar sus derechos a la vida e integridad personal. En ese sentido, los suscritos ponentes apoyan su estipulación desde el texto constitucional.

Artículo 4° transitorio

Se preserva la redacción de este artículo, así:

Artículo 4° Transitorio. *Los procesos penales que se adelanten contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar en el inciso 2° del artículo 3° del presente acto legislativo y que se encuentren en la justicia ordinaria, continuarán en esta.*

El artículo 4° transitorio sirve como refuerzo para materializar el espíritu de este proyecto de acto legislativo, en el sentido de recalcar que los procesos por los delitos listados en el inciso 2° del artículo 3° (lesa humanidad, genocidio, desaparición

⁴ *“De este modo, se requiere de un especial tratamiento en pro de garantizar el derecho fundamental, teniendo en cuenta la subordinación a la que han sido sometidos en razón a la naturaleza de los servicios prestados y la finalidad constitucional establecida en relación con su misión. Si bien el derecho a la defensa le asiste a cualquier persona, indistintamente del ejercicio profesional que realice, es de anotar que en el caso de miembros de la Fuerza Pública solamente se materializa y por tanto se garantiza si se prevé un sistema de defensa que atienda la especificidad de la función y el conocimiento de las ciencias militares y policiales”.*

ción forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado) y que se encuentren en curso en la justicia ordinaria, permanecerán en esta una vez promulgada la presente reforma.

PLIEGO DE MODIFICACIONES AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 16 DE 2012 SENADO, 192 DE 2012 CÁMARA

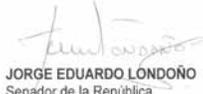
por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia.

1. Se modifica el artículo 1º, con miras a asignar al Tribunal de Garantías Penales la función de dirimir de manera permanente los conflictos de competencia entre la Jurisdicción Ordinaria y la Justicia Penal Militar, y aumentar de seis (6) a ocho (8) el número de magistrados que integrarán ese órgano colegiado.

2. Se modifica el inciso 2º del artículo 3º, adicionando la ejecución extrajudicial, la violencia sexual, la tortura y el desplazamiento forzado al listado cerrado y taxativo de conductas excluidas del conocimiento de la Justicia Penal Militar.

PROPOSICIÓN

En consideración a los argumentos expuestos, proponemos a la Comisión Primera del Senado de la República, dar primer debate en segunda vuelta al **Proyecto de Acto Legislativo número 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara**, por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia.

 ARMANDO BENEDETTI Senador de la República	 JUAN CARLOS VELEZ Senador de la República
 JUAN MANUEL GALAN Senador de la República	 HERNAN FRANCISCO ANDRADE Senador de la República
 JORGE EDUARDO LONDOÑO Senador de la República	 HEMEL HURTADO ANGULO Senador de la República
 SIN FIRMA PARMENIO CUELLAR Senador de la República	

TEXTO PROPUESTO AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 16 DE 2012 SENADO, 192 DE 2012 CÁMARA

por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1º. Adiciónese el artículo 116 de la Constitución Política con los siguientes incisos:

Créase un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, y ejercerá las siguientes funciones:

1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.

2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral.

3. **De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar.**

4. Las demás funciones que le asigne la ley.

El Tribunal de Garantías estará integrado por **ocho (8)** Magistrados, **cuatro (4)** de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. Sus miembros serán elegidos por la Sala de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Gobierno del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en pleno. Los miembros de la Fuerza Pública en retiro de este Tribunal serán elegidos de **cuatro (4)** ternas que enviará el Presidente de la República.

Una ley estatutaria establecerá los requisitos exigidos para ser magistrado, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el mecanismo de postulación de candidatos, el procedimiento para su selección y demás aspectos de organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales.

Artículo 2º. Adiciónese al artículo 152 de la Constitución Política un literal g), así:

g) Las materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la constitución, de conformidad con el presente acto legislativo.

Artículo 3º. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, **ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado.** Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional

Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir.

La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un Código Penal Policial.

La ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Además, una ley ordinaria regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

Créase un fondo destinado específicamente a financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en la forma en que lo regule la ley, bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la Unidad a que pertenezcan. Cumplirán la condena en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública.

Artículo 4°. *Transitorio*. Los procesos penales que se adelanten contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar en el inciso 2° del artículo 3° del presente acto legislativo y que se encuentren en la justicia ordinaria, continuarán en esta.

Artículo 5°. *Transitorio*. Facúltese por tres (3) meses al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley necesarios para poner en marcha el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de que trata el presente acto legislativo. Los decretos expedidos bajo esta facultad regirán hasta que el Congreso expida la ley que regule la materia.

Artículo 6°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

De los honorables Congresistas,



ARMANDO BENEDETTI
Senador de la República



JUAN CARLOS VÉLEZ
Senador de la República



JUAN MANUEL GALÁN
Senador de la República



HERNÁN FRANCISCO ANDRADE
Senador de la República



JORGE EDUARDO LONDOÑO
Senador de la República



HEMEL HURTADO ANGULO
Senador de la República

SIN FIRMA
PARMENIO CUELLAR
Senador de la República

* * *

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 114 DE 2012 SENADO

por la cual se consulta al pueblo para convocar una Asamblea Constituyente que reforma la Constitución Política en lo relacionado con la Justicia y la elección de sus delegatarios.

Bogotá D.C, 21 de noviembre de 2012

Doctora

KARIME MOTA Y MORAD

Presidenta

Comisión Primera Constitucional Permanente

Senado de la República

Ciudad

Respetada señora Presidenta Mota y Morad:

Por decisión de la Mesa Directiva de la honorable Comisión Primera del Senado me ha correspondido presentar ponencia para primer debate al **Proyecto de ley número 114 de 2012 Senado**, por el cual se consulta al pueblo para convocar una Asamblea Constituyente que reforma la Constitución Política en lo relacionado con la Justicia y la elección de sus delegatarios, que me permito rendir en los siguientes términos:

1. Objeto

El Proyecto número 114 de 2012 pretende convocar al pueblo colombiano para que, en votación popular, decida si una asamblea constituyente, según el artículo 376 Superior, reforme parcialmente la Constitución, en temas propios de la administración de justicia contenidos en el título VIII de la Carta Fundamental, y aquellos que guarden una relación directa. Esta iniciativa tiene como autor al honorable Senador Juan Carlos Vélez Uribe, que pertenece a la Comisión Primera Constitucional Permanente.

2. La Asamblea Nacional Constituyente, como expresión del poder constituyente primario y originario, dentro de la dinámica de una constitución rígida como la de 1991

Según el título XIII que integra la Carta Política “de la reforma a la Constitución”, artículo 374, la misma puede ser reformada “por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo”.

Sea lo primero remitirnos al artículo que regula todo lo relacionado con la naturaleza jurídica y procedimiento de la Asamblea Nacional Constituyente. El artículo 376 de la Constitución nos indica:

“Artículo 376. Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine.

Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento”.

Ello supone hablar indubitablemente de los términos: del constituyente primario u originario, y secundario, derivado o limitado.

El poder primario u originario es la legítima expresión de los principios democráticos contemporáneos y de la soberanía popular, que se materializa en el pueblo. Este poder no está sujeto a límites jurídicos, normativos o materiales, ejercido a través de una Asamblea Nacional Constituyente, y tiene como único propósito: consagrar o crear un nuevo orden constitucional **total y no parcial**, en contraposición al existente, dicho de otra forma, este mecanismo participativo-político pretende y tiene la virtualidad de establecer una nueva Constitución más no reformarla.

Para ilustrar la anterior premisa, es pertinente remitirnos, a antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 cuando la Corte Suprema de Justicia, estudió la constitucionalidad del llamado “plebiscito” de 1957, que restableció la vigencia de la Constitución de 1886 y dio paso a creación del Frente Nacional. Así pues, en la sentencia del 9 de junio de 1987, M. P. Hernando Gómez Otálora, esta colegiatura no dio trámite a la demanda interpuesta, al inferir que ese “plebiscito” era obra del poder constituyente originario, siendo un acto ajeno al control jurisdiccional, enfatizando:

“La Nación constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan

habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental.

Cuando se apela a la Nación y esta, en efecto, hace sentir su voz para constituir o reconstituir dicha estructura, adopta una decisión de carácter político que, por serlo, es inapelable y no susceptible de revisión jurídica. Aun en el caso de posibles violaciones del orden precedente por parte de quienes hubieren convocado al constituyente originario, la manifestación de este hace inútil e improcedente todo posterior pronunciamiento jurisdiccional en torno a la validez de la convocatoria”.

De manera muy temprana, la Corte Constitucional, ha sentado su posición en torno a los límites lógicos que se desprenden del poder originario o primario de la Asamblea Nacional Constituyente, al estudiar en la Sentencia C-544 de 1992 M. P. Alejandro Martínez Caballero, la demanda de inconstitucionalidad que tenía como pretensión declarar inexecutable normas que integran el cuerpo normativo superior, en esa oportunidad el Ministerio Público manifestó sobre el particular:

“La Carta de 1991 como instrumento jurídico es el resultado de la expresión del principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto de carácter originario y no derivado de toda norma superior. No se trata de discernir, si la vía adoptada para reformar la Constitución de 1886 a través de una Asamblea Nacional Constituyente era la adecuada o no, de si la misma era (o lo fue) representativa o no de todo el querer nacional, pues ya la Corte Suprema de Justicia, cuando actuaba como juez de la Carta y revisó el Decreto 1926 de 1990, que ordenaba contar los votos de la elección de una Asamblea Nacional Constituyente discernió el primer aspecto, e identificó la supresión del control jurisdiccional de constitucionalidad sobre los actos de dicha Asamblea, el que podría surgir en un futuro respecto de ella o de la Corporación que la sustituyera “con las modalidades, características y requisitos que la Asamblea Nacional Constitucional considere y disponga, en ejercicio de su soberanía...” (Corte Suprema de Justicia -Sala Plena- Sentencia de octubre 9 de 1990)”...

Luego la Sala consideró en esa misma providencia:

*“El poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder **soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad. Casi siempre su manifestación va acompañada de una ruptura del orden jurídico anterior**”.* (Negrillas fuera del texto original).

Y finalmente:

“El acto de elaboración y de promulgación de la nueva Carta Política de 1991, es el resultado de la combinación armónica de distintos elementos y de varios procesos de orden político y jurídico que, aun cuando conforman un episodio sui generis en la historia constitucional colombiana y sin alterar la normalidad social ni económica de la Nación, permitieron la expresión originaria del poder Constituyente, dentro de cauces institucionales diseñados específicamente, con el fin de superar la crisis que presentaba el modelo de organización del Estado ante los embates del crimen organizado y ante la creciente deslegitimación de las reglas y de los eventos de la democracia representativa vigente.

Este proceso de expresión del Poder Constituyente primario, en concepto de la Corte, es emanación especial del atributo incuestionable de las comunidades políticas democráticas que, en el Estado contemporáneo, pueden acudir de modo eventual y transitorio al ejercicio de sus potestades originarias para autoconformarse, o para revisar y modificar las decisiones políticas fundamentales y para darle a sus instituciones jurídicas, formas y contenidos nuevos con el fin de reordenar el marco de la regulación básica con una nueva orientación pluralista. En este sentido, se observa que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que se ocuparon de revisar las disposiciones legislativas que dieron fundamento a dichos actos y procesos, advirtieron que se trata de recoger el “clamor popular” y las aspiraciones de la sociedad enderezadas a introducir cambios políticos al conjunto de las relaciones básicas dentro del Estado Colombiano. Además, en ellas se reconoce que no se trata de nada distinto que de propiciar la manifestación jurídica de las potestades del Constituyente originario. Dentro de la estructura de las relaciones institucionales de la sociedad, las que no conducen a la renuncia ni al abandono de los atributos de la soberanía popular, ni a la pérdida de la capacidad política del pueblo de autoconvocarse para darse las reglas básicas de la convivencia.

Este otro cauce legítimo de expresión de poder constituyente se funda, además, en el reconocimiento normativo del valor político constitucional de la expresión popular, que decidió promover el proceso de modificaciones institucionales, y en la conformidad judicialmente declarada con la Carta anterior de los actos jurídicos que le sirvieron de fundamento, así como de las actuaciones verificadas en la reunión de la citada asamblea. Así mismo, tanto la contabilización de los votos depositados por la posibilidad de la convocatoria y elección de los delegatarios, dentro de las reglas de un acto con fuerza legislativa, expresan la continuidad jurídica de uno de los elementos y condiciones de existencia del Estado como es el poder constituyente; dichos actos entrañan, en el caso que ocupa en esta oportunidad de la Corte Constitucional, la reforma de disposiciones jurídicas

válidas según las reglas de la Carta de 1886, la que posteriormente fue derogada por expresa regulación de la nueva normatividad en acto de natural ejercicio de las potestades del mismo poder constituyente originario, en funciones de reforma y cambio constitucional.

Otra cuestión es la del juicio sobre la validez formal y material de los actos que resultaron de la actividad del constituyente, que en este caso se reunió en la Asamblea Nacional, pues una vez pronunciado el constituyente primario y puesto en vigor su acto de reforma o de cambio constitucional, no es dable la jurisdicción controlarlos frente a la normatividad anterior, dada la naturaleza típicamente política de estos que los sustrae de todo tipo de juicio en sede judicial. (Negrillas fuera del texto original).

Al sostener entonces desde ese pronunciamiento el Alto Tribunal Constitucional a través de sus *ratio decidendi*¹, que los actos propios de la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, aparte de ser una típica expresión de los administrados para definir la estructura del Estado, los límites y competencias de los órganos que lo componen y el catálogo de derechos individuales y colectivos en cabeza de los mismos, son actos puramente políticos y no jurídicos, habida cuenta de que aún no integran el orden jurídico correspondiente, y por devenirse aquellos de la voluntad directa del poder soberano, escapan del control constitucional o jurisdiccional, diferente a como ocurre con los mecanismos de reforma a la Constitución contempladas por el sistema jurídico, es decir: al referendo y al acto legislativo.

Ulteriormente, la Sentencia C-551 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynett, que estudió la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, “Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”, reafirmó en su *obiter dicta*, lo que hemos sostenido hasta el momento, en lo relativo a la importancia del poder constituyente originario, como el poder político que no tiene límite jurídico alguno, pudiendo regular cualquier tema

¹ Tal como lo ha sostenido de manera reiterada la Corte Constitucional, la *ratio decidendi* constituye una clara excepción al artículo 230 de la Constitución Política o al mal llamado “criterio auxiliar” de la jurisprudencia, en este caso se advirtió en los siguientes términos: “Una interpretación literal del artículo 230 constitucional indicaría que la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes es sólo un criterio auxiliar de interpretación, es decir, una mera guía u orientación para los jueces, carente por tanto de verdadero efecto vinculante. La anterior hermenéutica resulta inaceptable”. Sentencia C-335 de 2008 M. P. Humberto Sierra Porto. Ver entre otras la Sentencia SU-047 de 1999 M. P. Carlos Gaviria Díaz y la T-292 de 2006 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, donde se indicó: “La *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”.

que decidan abordar los asambleístas, –ni siquiera la propia ley que la convoca, como sostienen erradamente algunos–:

“Con todo, y sin que la Corte deba en esta oportunidad analizar en detalle el tema, esta Corporación considera que la Constitución de 1991 intenta superar ese dilema y la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma, que podría eventualmente permitir una sustitución jurídicamente válida de la Constitución vigente. La fijación de un cauce al poder constituyente originario es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es “rebelde a una integración total en un sistema de normas y competencias”[20], y por ello no admite una institucionalización total. Sin embargo, ese cauce busca facilitar, no impedir, la expresión del Constituyente originario sin ocasionar innecesarias rupturas institucionales.

Y es natural que dicho procedimiento haya sido previsto por la Asamblea Constituyente de 1991, que quiso proteger la identidad y continuidad de la Constitución que promulgó, pero sin que ello implicara petrificar el texto constitucional, aprobado, precisamente porque esa asamblea había nacido, en parte, de las dificultades que el carácter intangible y restrictivo del artículo 218 de la Constitución anterior había implicado para un cambio constitucional”.

En otra oportunidad el Magistrado Jaime Araújo Rentería en un salvamento de voto consignado en la Sentencia C-1040 de 2005, hizo saber las importantes diferencias que presenta el poder constituyente originario del derivado, en un contexto democrático:

“6.1. Diferencia entre el poder de reforma de la constitución y el poder constituyente.

Lo primero que hay que precisar es que existe una diferencia entre el poder de enmienda de la constitución y el poder constituyente.

De los antecedentes y del contexto histórico podemos inferir las características del poder constituyente como poder supremo, originario (no derivado), eficaz, revolucionario (creador).

Es un poder **supremo** porque no existe por encima de él ningún poder constituido, ni siquiera el poder de la constitución.

Es un poder **originario** porque no encuentra su justificación en el orden jurídico anterior; al contrario, normalmente se opone al orden jurídico existente, lo combate y lucha contra él; se fundamenta en un orden superior al positivo y cuando logra el poder político, instaura un orden jurídico diverso del que venía rigiendo.

Mientras combate el orden de cosas existente y desconoce el orden jurídico positivo, se justifica en un derecho superior al positivo: El derecho divino, el derecho natural, la justicia, el derecho

de resistencia a la opresión o el derecho a la revolución y cuando toma el poder político, crea un nuevo orden jurídico, comenzando por una nueva constitución y se legaliza a posteriori.

El poder constituyente es un poder **eficaz**, ya que no solo desconoce el orden de cosas existente en una sociedad dada, sino que además cuenta con la fuerza para instaurar un nuevo orden (incluido el Constitucional). Solo el poder que oponiéndose al orden jurídico existente, es capaz de derrotar a las fuerzas que se le oponen, crear un nuevo poder y un orden jurídico también nuevo, es verdadero poder constituyente.

El poner el acento sobre el elemento eficacia del poder constituyente, para considerarlo como determinante del mismo, es lo que ha llevado a una teoría del poder constituyente de la minoría de la población, o ha servido para justificar la dictadura constituyente de la derecha, como sucedió con el régimen Nazi.

El poder constituyente es un poder revolucionario ya que su función no es conservar el orden sino modificarlo radicalmente, en esto se diferencia del defensor de la constitución, cuya función es conservarlo; el poder constituyente tiene una función revolucionaria, en cambio, el guardián de la constitución, tiene una función conservadora.

Debemos hacer notar el hecho que la problemática del poder constituyente presupone la existencia de una constitución escrita, de manera tal que una constitución consuetudinaria no se plantea el interrogante de quien tiene el poder para dar la constitución o se lo plantea de una manera distinta”.

En sentencia reciente, la misma Corporación al estudiar la constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 “Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”, en la Sentencia C-141 de 2010 M. P. Humberto Sierra Porto, realizó algunas precisiones sobre el alcance del concepto del poder constituyente originario o primario frente al derivado, así:

“PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y PODER CONSTITUYENTE DERIVADO- conceptos y características

El poder constituyente originario tiene por objetivo el establecimiento de una Constitución, está radicado en el pueblo y comporta un ejercicio pleno del poder político, lo que explica que sus actos son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, por lo que dichos actos escapan al control jurisdiccional. A diferencia del poder constituyente originario, el poder constituyente derivado, secundario o de reforma se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, de donde se desprende que se trata de un poder establecido por la

Constitución y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma, de manera que, aunque es poder constituyente, se encuentra instituido por la Constitución, por lo que es derivado y limitado, así como sujeto a controles". (Negrillas fuera del texto original).

Huelga indicar que la naturaleza de los actos emanados del poder originario o primario, al ser de carácter puramente fundacionales, es decir que tienen como móvil la creación a un nuevo orden constitucional personificado en un texto supremo como la Constitución, se ejercen de manera **total y no parcial**, sin que sea válido convocar una Asamblea Nacional Constituyente, distorsionando su denominación sin asidero constitucional alguno como el de Asamblea Constitucional, "limitando" sus materias a tratar, entre estos el de la reforma al sistema judicial que nos plantea el proyecto *sub examine*.

Más aún, no deja de preocupar el hecho de que el mismo articulado del proyecto en mención deja abierta la posibilidad de modificar artículos diferentes a los contenidos en los títulos relacionados con la administración de justicia. Así lo indica de manera expresa el **Artículo 9º. Prohibiciones generales**, al señalar que:

(...) Los casos en que podrá modificar artículos constitucionales de Títulos diferentes a los señalados en el artículo anterior serán excepcionales y en ningún caso será conducta generalizada por parte de la Asamblea.

Es menester afirmar, además, que la Constitución de 1991 como norma de normas tiene carácter de rígida, producto de una lucha democrática y representativa coyuntural que atravesó el país luego de una incesante crisis institucional, social y política, siendo la Constitución una bandera democrática, pluralista, conciliadora, reflexiva e incluyente, que dio origen al modelo de Estado Social de Derecho con los efectos que se desprenden del mismo². Es por ello que teleológicamente la Constitución colombiana –al igual que la mayoría de constituciones vigentes– está llamada y fue creada para trascender en el tiempo, y no atender a una simple necesidad temporal de un gobierno o determinado grupo de personas.

Sobre el concepto de la rigidez de las constituciones, es preciso citar la obra del Profesor

² La Sentencia C-1064 de 2001 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, decantaron el alcance del principio de Estado Social de Derecho: "A diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional".

James Bryce "Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas" segunda edición, del Instituto de Estudios Políticos de Madrid de 1962. En su página 131 numeral XII titulado "La estabilidad de las Constituciones rígidas", enfatizó sobre este tema:

"La estabilidad de una Constitución es una cualidad muy deseable, porque da a las conciencias de los ciudadanos una sensación de seguridad que redunde en beneficios del orden, la industria y la economía; y a la vez porque permite acumular experiencias que hacen posible el mejoramiento de la Constitución.

Las instituciones políticas son difíciles de manejar en todas las circunstancias. Por lo tanto, su cambio frecuente hace que la nación no aprenda a manejarlas convenientemente. (...)

Firmemente definidas, las constituciones rígidas no permite las pequeñas desviaciones y corrupciones a que, probablemente, da lugar la vaguedad de una Constitución flexible o "no escrita", o las posibles discrepancias entre las diferentes leyes y tradiciones que la componen. Estas constituciones son destruibles como es natural, pero no se dejan socavar fácilmente. (...)

La Constitución rígida, si se me permite tomar una metáfora de la mecánica, está construida como un puente de hierro de ferrocarril: para resistir la más fuerte presión probable del viento o del agua. Si los materiales son sólidos y la mano de obra buena, el puente resiste con aparente facilidad y quizá sin mostrar signos de esfuerzo o movimiento, en tanto la presión quede dentro del límite previsto".

Queda claro, entonces, que al ser nuestra Constitución 1991 un cuerpo normativo con carácter rígido, ello implica ni más ni menos, que su finalidad y ejes axiales tuvieron como propósito, el de perdurar en el tiempo por su novedades incorporadas y catálogos axiológicos contemplados, imponiendo procedimientos y reglas más estrictas y complejas para su reforma, y por demás para su remplazo, queriendo con ello el poder originario, mantener una política constante, reflejada temporalmente³.

3. El poder constituyente primario en la doctrina

El poder originario ha sido entendido de igual forma para las fuentes directas o principales del derecho, como para las indirectas o subsidiarias como la doctrina, habida cuenta de que existe un criterio unánime y uniforme de su naturaleza jurí-

³ Consultar sobre este punto a Gonzalo A. Ramírez Cleves, en su obra "Límites de la reforma constitucional en Colombia", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, página 444 donde se dijo: "El motivo de la mayor extensión de la normatividad constitucional dedicada a la reforma se debe principalmente a que se quiere incorporar figuras novedosas, combinar diferentes tipos de modalidades de transformación, y cumplir con el principio constitucional de participación popular en el trámite de la modificación constitucional".

dica, cualidades y límites, pese a las diferentes corrientes que en algún momento apuntaron en otro prisma interpretativo.

En este sentido, el poder constituyente, como lo entiende Schmitt, “*es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones como tales son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base*”⁴.

Schmitt, al diferenciar el poder originario del de reforma, afirmó: “*En el poder constituyente descansan todas las facultades y competencias y acomodadas a la Constitución. Pero él mismo no puede constituirse con arreglo a la Constitución*”.

De conformidad con el tratadista Ignacio de Otto, “*Si hay un poder constituyente del que el pueblo es titular, este puede actuar al margen de lo dispuesto en la Constitución, reformándola también al margen del procedimiento de reforma que la Constitución prevea o incluso aunque la Constitución se declare irreformable*”⁵.

“*La Constitución es válida -añade el catedrático español- porque procede de quien tiene el poder de darla, y es válida incondicionalmente porque ese poder no tiene limitación alguna ya que, en cuanto poder originario, no está sometido a normas*”.

Carré de Malberg, al referirse al poder Constituyente está directamente relacionado a la expresión del pueblo, supraestatal: “*son principios propios del iusnaturalismo, ya que tratan de dar una construcción teórica a los actos anteriores al Estado*”⁶.

Para Bockenforde es: “*la fuerza y la autoridad (política) de crear, sustentar, y cancelar la Constitución en su pretensión de validez, precede al poder del Estado, influye sobre él y opera dentro de él, según la forma que le corresponda para actuar*”⁷.

Para el profesor italiano De Vergottini, consiste en: “*En todos los casos en que se identifique una afirmación del derecho y del Estado inconciliable con la anteriormente vigente, que conduce a la introducción de un nuevo fundamento de la validez del ordenamiento positivo*”⁸.

El reconocido catedrático colombiano Luis Carlos Sábica diferencia el poder constituyente primario del poder constituyente derivado, considerando que el primero sólo tiene limitaciones fácticas mientras que el otro, fuera de las mismas, tiene limitaciones puramente jurídicas o constitucionales^{9,10}.

Quedando claro el concepto del poder constituyente primario u originario, procedemos, entonces, a plasmar los argumentos de fondo que sustentan la presente ponencia, con su respectivo sentido.

4. Inconveniencia e impertinencia insalvable de la iniciativa legal, ante el inminente riesgo de la creación de un nuevo orden constitucional total y no parcial como se pretende hacer ver en su articulado y exposición de motivos, pudiéndose imponer reglas, principios y valores antagónicos a la Constitución de 1991. Mecanismo extraordinario y extremo en una Democracia

Del contenido literal y sentido obvio del articulado y de la exposición de motivos, se colige, que la supuesta preocupación del autor de la iniciativa legal es convocar al pueblo a través de una Asamblea Nacional constituyente, con miras a reformar la Constitución en todo lo relacionado con la administración al sistema judicial y aquellos temas conexos. Sin embargo, ha de manifestarse, de entrada, que ninguno de los apartes del proyecto de ley en comento permiten entrever la justificación **seria y real**, ni la conveniencia de la iniciativa pretendida, al omitirse datos relevantes, como estadísticas, estudios, conceptos, y demás medios de conocimiento **profundos** que demuestren la justificación de convocar una Asamblea Nacional Constituyente para crear una nueva Constitución, bajo la excusa de su reforma. Aun cuando las mismas descansan en una notoriedad según el artículo 177 del antiguo Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso), no relevan al autor de ilustrar con cierto grado de certeza, suficiencia y necesidad, los móviles que llevan hacer uso de un mecanismo extraordinario y excepcional en cabeza del Congreso de la República.

Es de recordar que el poder originario, primario o constituyente, es considerado un instrumento jurídico-político **extraordinario, residual, extremo**, pensado para vicisitudes especiales, por decir lo menos, anormales, especiales, urgentes, con un estado de gravedad inocultable. Para ilustrar esta postura, el español Reviriego Picón en su artículo titulado “*Colombia: una reforma constitucional disfuncional y compleja*” publicada en Teoría y realidad constitucional, 2º semestre de 2003, anotó:

“*Si bien la doctrina colombiana ha sido muy reticente al establecimiento de tipologías en los*

⁴ Carl Schmitt, “*Teoría de la Constitución*”, editorial Nacional, México 1970, páginas 86 y 87.

⁵ Ignacio De Otto. “*Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes*”, editorial Ariel Derecho. Barcelona 1.987, página 53.

⁶ Gonzalo A. Ramírez Cleves, en su obra “*Límites de la reforma constitucional en Colombia*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Ob. Cit., página 229.

⁷ Ernst Wolfgang Bockenforde. “*Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*”, Madrid, Edit. Trotta, 2000, página 162.

⁸ De Vergottini. “*Las transiciones*”, cit., página 175.

⁹ Luis Carlos Sábica. “*Esquema para una Teoría del Poder Constituyente*”, Monografías jurídicas N° 4, Ed. Temis, Bogotá 1.986, páginas 69 y 70.

¹⁰ De similar forma lo expresa Andre Hauriou en su publicación, “*Derecho Constitucional e instituciones políticas*”, Biblioteca de Ciencia Política, página 1064.

procedimientos de reforma constitucional, las diferentes exigencias procedimentales que se observan permiten hablar de la existencia de una de tipo ordinario (la primera apuntada) y otro agravado (las dos últimas referidas, en cuyo seno se encontraría una de carácter extraordinario, la convocatoria de Asamblea Constituyente... ”.

En el mismo direccionamiento está el profesor y magistrado actual de la Honorable Corte Constitucional Humberto Sierra Porto, quien abordó el tema de la Asamblea Nacional Constituyente en un contexto colombiano:

“La posibilidad de que el Congreso opte por la vía de la Asamblea Nacional Constituyente supone una situación de crisis del sistema constitucional, incluido el Congreso mismo, no susceptible de retoques o reformas secundarias y que sólo podría solucionarse con una intervención legítimamente del pueblo, y esto se lograría mediante la conformación, por este, de la Asamblea Constituyente¹¹”.

Se concluye entonces que la figura de la Asamblea Nacional Constituyente es, de manera inexorable, un instrumento jurídico-político **extremo, residual**, similar a una **última ratio**, para cuando el Estado atraviesa una grave y profunda crisis institucional comprobable, pero no es ni debe ser la respuesta natural y automática a cada situación compleja a la que debe hacer frente el Estado, como es el caso de la irregular e ineficaz prestación del servicio público de la administración de justicia. Para ello existen otros mecanismos idóneos, edificados para este resultado, como lo es el referendo o el acto legislativo; ninguno de estos, explorados anteriormente por el autor de este proyecto de ley.

No ha sido ajena la preocupación, en relación con la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, en un ambiente que resulta adverso e imprudente para este tipo de iniciativas de formación constitucional en el contexto nacional y latinoamericano, sin que se hayan superado brechas innegables, como: el debilitamiento democrático, el conflicto armado, la reparación a las víctimas, restitución de tierras, la desigualdad social, desestabilización institucional –actualmente experimentadas muchas de estas en Colombia–, por el temor a la imposición de un nuevo régimen estatal arbitrario.

En la misma línea argumentativa, es un vector de ineludible discusión el tema de las mayorías en una democracia como la colombiana, en donde con el pasar del tiempo se ha argumentado su existencia para justificar cualquier medida o cambio en el funcionamiento de un Estado, sin importar las nefastas consecuencias institucionales que pudiese traer, por la simple y revaluada creencia de que las mayorías no tienen relativización. Fue este el argumento principal que llevó tristemente a justificar regímenes estatales autoritarios, déspotas y

arbitrarios, cuyo desconocimiento a las garantías y derechos a los administrados era permanente y sistemática, en especial el de la minorías, bajo la excusa de que solo las ideas mayoritarias son la base de toda democracia, o bajo la falaz percepción de prerrogativas en su favor como la seguridad, la economía o el empleo.

Muy precisas resultan las palabras del Maestro Fernando Hiestrosa, en lo tocante al riesgo de atribuir un papel estelar al concepto de las mayorías, sin reglas o límites para su ejercicio:

“Es bien sabido que atrás quedó la formación humanística como valor en sí, sustituida por el solo saber hacer, y que la comunicación se volvió impersonal y simbólica. Y, por doquier se extiende la sensación de inseguridad frente a los individuos y comunidades diferentes, tratados con desconfianza y hostilidad. Situación que conduce a quienes se sientan asediados, a demandar la presencia de una autoridad total, en cuyo altar se inmolan sus libertades en aras de la seguridad. Seguridad, tranquilidad y disfrute egoísta como polos de atracción y factores de la deformación de la democracia que tiende a convertirse en una “democracia totalitaria” o “Incorporated Democracy”, en la que los ciudadanos ya no son más que meros componentes de un rebaño menesteroso de pastores que lo dispensen del esfuerzo de opinar y lo liberen de los riesgos inherentes al disenso¹²”.

De otra parte, aprovechando la útil labor de apoyo de la Secretaría de la Comisión Primera Constitucional permanente en la labor legislativa, que relacionó las diferentes iniciativas que han intentado convocar una Asamblea Nacional Constituyente en un informe, todas estas fallidas y actualmente archivadas, a continuación se relaciona, como se lee textualmente del documento referido:

“INICIATIVAS SOBRE EL TEMA:

- Iniciativas tramitadas en Senado

Proyecto de ley número 102 de 2004 Senado.

*“Por medio de la cual se convoca a una Asamblea Constituyente”. Presentado por los honorables Senadores Camilo Sánchez Ortega, Juan Fernando Cristo y Juan Manuel López, y el honorable Representante José Joaquín Vives. P. Original **Gaceta del Congreso** número 483/04. Archivado en primer debate, **Gaceta del Congreso** número 653/04. Artículo 157, Ley 5ª de 1992.*

Proyecto de ley número 104 de 2004 Senado.

*“Por la cual se convoca a una Asamblea Constituyente”. Presentado por los honorables Senadores Luis Fernando Velasco Chávez, Mauricio Pimiento Barrera, Rafael Pardo Rueda y Andrés González Díaz, al igual que por la honorable Representante Sandra Rocío Ceballos. P. Original **Gaceta***

¹¹ “La reforma de la Constitución”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

¹² Palabras declamadas al recibir las insignias del Doctorado Honoris Causa de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II). 29 de enero de 2010.

del Congreso número 483/11. Acumulado al Proyecto de ley número 102 de 2004, de acuerdo a lo establecido en el artículo 151 de la Ley 5ª de 1992.

Proyecto de ley número 060 de 2001 Senado. “Por la cual se convoca una Asamblea Nacional Constituyente”. Presentado por los honorables Senadores Carlos Holguín Sardi, Ciro Ramírez Pinzón, Ómar Yepes Alzate y otros. P. Original **Gaceta del Congreso** número 369/01. Acumulado al Proyecto de ley número 029 de 2001, de acuerdo a lo establecido en el artículo 151 de la Ley 5ª de 1992.

Proyecto de ley número 029 de 2001 Senado. “Por la cual se convoca al pueblo colombiano a una Asamblea Nacional Constituyente”. Presentado por el honorable Senador Jairo Sánchez Ortega. P. Original **Gaceta del Congreso** número 360/01. Archivado en primer debate, **Gaceta del Congreso** número 586/01. Artículo 157 de la Ley 5ª de 1992.

Proyecto de ley número 265 de 2000 Senado. “Por la cual se convoca al pueblo colombiano a una Asamblea Nacional Constituyente”. Presentado por el honorables Senadores Eduardo José Arango, Alba Stella Buitrago, Marta Catalina Daniels y otros. P. Original **Gaceta del Congreso** número 114/00. Retirado por los autores. Artículo 155 de la Ley 5ª de 1992.

Comisión Primera

- **Iniciativas tramitadas en Cámara**

Proyecto de ley número 08 de 2002 Cámara “Por medio de la cual se convoca una Asamblea Nacional Constituyente”. Presentado por los honorables Representantes Zamir Eduardo Silva Amín y Clara Isabel Pinillos Abozaglo. P. Original **Gaceta del Congreso** número 301/02. Archivado en primer debate, **Gaceta del Congreso** número 363/02. Artículo 157, Ley 5ª de 1992.

Proyecto de ley número 274 de 2000 Cámara. “Por el cual se dispone que el Pueblo Soberano de Colombia en votación popular decida si convoca a una Asamblea Constituyente”. Presentado por la honorable Representante María Isabel Mejía Marulanda. P. Original **Gaceta del Congreso** número 118/00. Archivado por vencimiento de términos constitucionales. Artículos 162 de la Constitución Política y 190 de la Ley 5ª de 1992.

Proyecto de ley número 01 de 1998 Cámara “Por medio de la cual se consulta al pueblo Colombiano para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente por la Paz”. Presentado por el honorable Representante Gustavo Ramos Arjona. P. Original **Gaceta del Congreso** número 133/98. Archivado por vencimiento de términos constitucionales. Archivado por vencimiento de términos constitucionales. Artículos 162 de la Constitución Política y 190 de la Ley 5ª de 1992”.

No en vano, todos estos intentos fracasados de iniciativas de convocar una Asamblea Nacional Constituyente han tenido un mismo final: un re-

chazo vehemente por el Congreso de la República en sus diferentes Cámaras, entre otras razones porque nunca se ha logrado demostrar que el órgano de representación popular se encuentra deslegitimado de manera considerable para poder reformar la Constitución mediante un acto legislativo o referendo para tratar un tema puntual como el funcionamiento del sistema judicial, ni tampoco que apelar al poder originario o primario es la vía más expedita e idónea para este fin, siendo necesaria la intervención directa del pueblo.

Solo resta indicar que, según se ha sostenido de manera uniforme por la Corte Constitucional, no se requiere que la Constitución sea reformada totalmente para que sea subvertida o quebrantada; es suficiente con demostrar que se introdujo en la reforma un eje ajeno a la esencia misma de la Carta Fundamental, que no resulten compatibles. Sobre el particular en la Sentencia C-1040 de 2005 el Magistrado Jaime Araújo Rentería enfatizó en su salvamento de voto:

“No es cierto como se afirma que para destruir los valores esenciales se necesita reformar toda la constitución o gran parte de ella. Bastaría con una simple negación para modificar radicalmente no solo la forma de gobierno sino también el tipo de estado; para pasar del estado capitalista al estado comunista. Si por ejemplo al artículo 58 de la Constitución que dice: Se garantiza la propiedad privada, le anteponemos una sencilla negación, habremos destruido la constitución anterior: **NO SE GARANTIZA LA PROPIEDAD PRIVADA.**

Si establecemos que los deudores que no puedan pagar sus obligaciones civiles, terminan siendo esclavos de sus acreedores, estamos retrocediendo 6000 años en la historia de la humanidad, al régimen esclavista, pues para nadie es un secreto que las dos fuentes más importantes de la esclavitud eran las guerras y las deudas.

Si permitimos, por medio de una reforma constitucional que diga “lo que quiera el Presidente de la república valga como derecho, por encima de cualquier otra norma, incluida la constitución”; habremos convertido al jefe del ejecutivo en la constitución del régimen (como sucedió en Alemania o Italia durante el Nazismo y el fascismo) y habremos abandonado el estado de derecho y retrocedido a la época del despotismo típico de los pueblos orientales de hace 6.000 años.

Si con el fin de buscar la “verdad” permitimos que en los procesos se instaure la tortura, habremos regresado al feudalismo, retrocedido 1000 años en la historia de la humanidad y renunciado al estado social de derecho.

Estos pocos ejemplos nos muestran cómo se pueden modificar radicalmente los valores y principios con unas pocas palabras o una sola norma o con una simple negación, e instaurar formas de gobierno o de estado diametralmente opuestas, que destruirían el estado social y democrático de derecho”.

Darle vida a esta iniciativa legal, implica sin lugar a equívocos, “**girar un cheque en blanco**”, al tener presente las peligrosas consecuencias reales que pueden tener origen en una democracia, en abierta distancia de las intenciones del autor y a las reglas, principios y valores constitucionales actualmente vigentes. De ahí que el propio Presidente de la República, al referirse a este proyecto de ley y a otras iniciativas semejantes, las tildó de: “*inoportunas, inconvenientes y peligrosas iniciativas como revocatorias, constituyentes y referendos, que sabemos dónde comienzan pero no dónde terminan*”¹³.

5. Audiencia convocada el día 6 de septiembre de 2012 por el autor de la iniciativa

Luego de haberse celebrado la audiencia pública en el recinto de la Comisión Primera Constitucional, el día 6 de septiembre del año en curso, con ocasión a la discusión del proyecto de ley, en ese entonces, número 027 de 2012 “*Por la cual se consulta al pueblo para convocar una Asamblea Constituyente que reforme la Constitución Política en lo relacionado con la Justicia y la elección de sus delegatarios*”, teniendo en cuenta las materias abordadas por los diferentes intervinientes –que se devienen impertinentes, inconducentes, descontextualizadas, al tratar temas ajenos al proyecto de ley en cuestión–, considera el suscrito Senador que no vale la pena referirse a las mismas, al no ser útiles al discurso ni a los puntos a tratar, por no guardar conexidad o relación alguna.

6. Aspectos puntuales de inconstitucionalidad que se derivan del Proyecto número 027 de 2012

Fuera de los aspectos antes reseñados, que son suficientes e incontrovertibles para que esta Comisión Constitucional permanente archive el proyecto de ley objeto de análisis, llama especialmente la atención uno de los artículos contenidos en el Proyecto de ley número 027 de 2012, por su evidente contradicción con postulados superiores, que reafirman las razones constitucionales para solicitar su archivo.

De esta forma el artículo 7° del proyecto de ley estableció:

“Para ser elegido delegatario de la asamblea constituyente para la justicia se requiere:

Ser abogado y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección”. (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Esta disposición impone como requisito necesario para integrar una Asamblea Nacional Constituyente, el de ser abogado. Requisito que soslaya el artículo 13 de la Carta Fundamental que se refiere a la igualdad y que nos indica lejos de toda duda:

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

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

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

La jurisprudencia constitucional ha señalado que: “*la igualdad es un concepto relacional por lo que no puede aplicarse en forma mecánica o automática, pues no sólo exige tratar igual a quienes se encuentren en situaciones similares, sino también de forma desigual a los sujetos que se hallen en situaciones disímiles. De su carácter relacional se ha derivado la posibilidad de que su protección sea invocada respecto de cualquier trato diferenciado injustificado, al tiempo que se ha señalado que el contenido esencial de la igualdad no guarda relación con el derecho a ser igual, sino que se refiere al derecho a ser tratado igual en situaciones similares. El control judicial del respeto al derecho fundamental a la igualdad de trato es una operación compleja, en atención a que no existen en sí mismas situaciones o personas que sean totalmente iguales o totalmente diferentes, de suerte que las desigualdades o igualdades entre las personas o las situaciones no son nunca absolutas sino siempre parciales, esto es, similitudes o diferencias, desde cierto punto de vista*”¹⁴.

Es decir, puede existir un trato diferencial entre situaciones fácticas y jurídicas presentadas, siempre que ello obedezca inexorablemente a un motivo racional, proporcional y objetivo, que persiga además un fin constitucional y legalmente consagrado. Circunstancias no satisfechas en el caso *sub examine* y mucho menos permite que se puedan llegar a inferir o suponer. El querer incluir de manera privativa a profesionales del derecho, dentro de la facultad de conformar y decidir dentro de una Asamblea Nacional Constituyente, se torna en una premisa desigual y flagrantemente opuesta a la Constitución.

Al ser diferente el trato respecto de unos y otros ciudadanos según los precisos términos del artículo 7° del Proyecto de ley número 027 de 2012, sin que medien argumentos basados en la razonabilidad y proporcionalidad tal como lo exige la Corte Constitucional¹⁵, se configura una clara discrimi-

¹⁴ Sentencia C-748 de 2009 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵ Ver entre otras las Sentencias de la Honorable Corte Constitucional C-221 de 1992, C-430 de 1993, T-230 de 94, C-445 de 1995, C-022 de 1996, T-352 de 1997, C-563 de 1997 y C-112 de 2000.

¹³ http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12052062.html

nación directa en sentido formal y material¹⁶, sin que alcance esta limitación el umbral de la aplicación del test de igualdad estricto, medio o leve¹⁷ y el llamado juicio de proporcionalidad¹⁸, pese a haberse presentado homogeneidad en las circunstancias como la de ser ciudadano.

Esta norma es, además, contraria al artículo 40 Superior, que reza:

“Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.

2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

3. *Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.*

4. *Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.*

5. *Tener iniciativa en las corporaciones públicas.*

6. *Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.*

7. *Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.*

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisivos de la Administración Pública”. (Negritillas y subrayas fuera del texto original).

Al proclamar el Proyecto de ley número 027 de 2012 una sociedad donde solo existen los abogados, quienes a pesar de tener el conocimiento técnico del funcionamiento del sistema judicial en sus diferentes modalidades de ejercicio como: magistrados, jueces, litigantes, consultores, árbitros, empleados o independientes, no son los únicos que tienen el derecho a intervenir en la deliberación relacionada a este tema, según el derecho político que radica en todo ciudadano, por expreso mandando constitucional (artículo 40). Pensar lo contrario nos implica afirmar que solo los abogados son los directos afectados por la deficiente administración de justicia, y no todos los colombianos

como en realidad sucede. Lo anterior, a todas luces es contrario a la Constitución en su sentido pluralista, y a los artículos mencionados como desconocidos.

Al ser extrañas a la Constitución las disposiciones cuestionadas que integran el proyecto de ley estudiado, en abstracto y en concreto, y quedar perfectamente demostrada su impertinencia e inconveniencia, al tiempo, que el Congreso de la República tiene dentro de sus competencias y facultades la de reformar la Carta Fundamental, para superar la crisis en la administración de justicia, mediante un acto legislativo o referendo, surge la inaplazable necesidad de su archivo.

7. Proposición

De acuerdo con las anteriores consideraciones, me permito rendir ponencia **NEGATIVA** al **Proyecto de ley número 114 de 2012 Senado**, por la cual se consulta al pueblo para convocar una Asamblea Constituyente que reforma la Constitución Política en lo relacionado con la Justicia y la elección de sus delegatarios, y en consecuencia, respetuosamente, solicito a la honorable Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República su archivo en los términos legalmente establecidos.

Atentamente,

Atentamente,

JUAN FERNANDO CRISTO BUSTOS
Senador de la República
(Coordinador ponente)

ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA
Senador de la República
(Ponente)

SIN FIRMA
JUAN CARLOS VÉLEZ URIBE
Senador de la República
(Ponente)

EDUARDO ENRIQUEZ MAYA
Senador de la República
(Ponente)

¹⁶ Sentencia Honorable Corte Constitucional T- 593 de 2006 M. P., doctora Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁷ Sentencia Honorable Corte Constitucional T- 577 de 2005 M. P., doctor Humberto Sierra Porto.

¹⁸ Sentencia Honorable Corte Constitucional C-093 de 2001 M. P., Alejandro Martínez Caballero.



HÉMEL HURTADO ANGULO
Senador de la República
(Ponente)



JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA
Senador de la República
(Ponente)



LUÍS CARLOS AVELLANEDA TARAZONA
Senador de la República
(Ponente)

* * *

**INFORME PONENCIA PARA PRIMER
DEBATE AL PROYECTO DE LEY
NÚMERO 149 DE 2012 SENADO**

por medio de la cual se establecen criterios de equidad de género en la adjudicación de las tierras baldías, vivienda rural, proyectos productivos, se modifica la Ley 160 de 1994 y se dictan otras disposiciones.

Doctora
NORA MARÍA GARCÍA BURGOS
Presidente
Comisión Quinta
Honorable Senado de la República
Ciudad

Asunto: Informe de ponencia para primer debate del **Proyecto de ley número 149 de 2012 Senado**, por medio de la cual se establecen criterios de equidad de género en la adjudicación de las tierras baldías, vivienda rural, proyectos productivos, se modifica la Ley 160 de 1994 y se dictan otras disposiciones.

Respetada Presidenta:

En cumplimiento de la honrosa designación que la mesa directiva de la Comisión Quinta del honorable Senado de la República nos hiciera, de la manera más atenta, por medio del presente escrito, dentro del término establecido para el efecto y en cumplimiento de los artículos 150, 183 y 184 de la Ley 5ª de 1992, procedemos a rendir informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley de la referencia en los siguientes términos:

I. TRÁMITE DEL PROYECTO

El **Proyecto de ley número 149 de 2012 Senado**, por medio de la cual se establecen criterios de equidad de género en la adjudicación de las tierras baldías, vivienda rural, proyectos produc-

tivos, se modifica la Ley 160 de 1994 y se dictan otras disposiciones, corresponde a una iniciativa de las honorables Senadoras Maritza Martínez Aristizábal, Daira de Jesús Galvis Méndez y Nora María García Burgos de la Comisión Quinta del Senado de la República.

Dicha iniciativa legislativa fue publicada en la **Gaceta del Congreso** número 752 y nos fue asignada con el objeto de realizar ponencia para primer debate en la Comisión Quinta del Senado.

El proyecto y la presente ponencia sustentan la necesidad de garantizar que al menos el 40% de las tierras baldías adjudicadas, la vivienda rural y los proyectos productivos adjudicados cada año sean para mujeres, así mismo el 60 % se distribuiré entre hombres y mujeres por igual, para que no sean objeto de la discriminación de la cual tradicionalmente son víctimas y que se agudiza en el marco de las dificultades de orden público que sufre el país en las que ellas se constituyen no solo en el pilar fundamental del hogar agrario, sino además en el punto de partida para el desarrollo rural y el arraigo a la tierra.

II. OBJETO DEL PROYECTO

El proyecto de ley determina directrices para establecer parámetros y criterios que permitan hacer efectiva la aplicación de la equidad de género en el acceso de las mujeres rurales a las tierras baldías de la Nación, la vivienda rural y a los recursos del erario público ejecutados en su mayoría a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, entidades adscritas a él y demás que favorecen la actividad rural a través de los diferentes fondos, planes, proyectos o programas para proyectos productivos.

El proyecto de Ley plantea como su objeto "... promover la equidad de género en la adjudicación de los terrenos baldíos nacionales, en la asignación de vivienda rural, la distribución de recursos para la promoción de proyectos productivos para fomento de la actividad rural, así como fijar mecanismos que garanticen su real y efectiva aplicación con el fin de erradicar cualquier forma discriminatoria de género."

III. MARCO CONCEPTUAL

El acceso a la tierra es indispensable para la producción de alimentos y la generación de ingresos, también se constituye en un bien social y económico decisivo, que reviste una importancia crucial para la identidad cultural, el poder político y la participación en el proceso de toma de decisiones dentro de la sociedad.

Las creencias sociales y culturales suelen dar lugar a discriminación contra las personas por motivos de género, clase social o grupo étnico. Sin embargo, con el fin de reducir el hambre, la pobreza y fomentar el desarrollo sostenible, deben desplegarse esfuerzos para hacer frente a estas desigualdades o inequidades.

Garantizar la igualdad de los derechos sobre la tierra para hombres y mujeres aumenta la creación y retención de valor, las oportunidades económicas, favorece las inversiones en la tierra, la producción de alimentos y aumenta la seguridad familiar durante las transiciones económicas y sociales, dando lugar a una mejor administración de los recursos económicos y sociales.¹

De otra parte en la mano de obra rural se han producido cambios significativos como consecuencia del crecimiento demográfico, la migración a las ciudades, las enfermedades, la muerte y las dificultades de orden público, por cuenta de las cuales las mujeres han venido a asumir funciones o tareas mucho más importantes o protagónicas en la producción de alimentos y la ordenación de los recursos naturales pues han pasado a convertirse en cabeza de familia del medio rural en al menos una cuarta parte y en ocasiones o segmentos específicos, en más de la mitad de los casos.

Adicionalmente muchas de estas mujeres son también madres solteras, viudas, divorciadas, esposas de trabajadores migrantes, ancianas o enfermas, lo que corresponde a subconjuntos de la comunidad con un menor poder social.

Ambas cuestiones, la relativa a la mano de obra femenina en la agricultura y al número creciente de mujeres que son cabeza de familia, debido a la guerra, la emigración o simplemente a un cambio social, en las zonas rurales, muestran la importancia de garantizar el acceso en condiciones de igualdad de la mujer a la tierra y a otros recursos productivos.

Los derechos sobre la tierra son determinados por los diferentes sistemas sociopolíticos que evolucionan con el tiempo y en ocasiones coexisten, por tanto la formulación de una política eficaz de tenencia de la tierra y la toma en consideración de las costumbres y prácticas predominantes en la administración moderna de las tierras constituyen un desafío permanente en la búsqueda de la justicia social.

Dentro del marco general para la construcción de la iniciativa legislativa alrededor de la participación activa de la mujer, más allá del desarrollo rural y además de buscar el mejoramiento en otros indicadores y aspectos de desarrollo humano, es necesario partir del planteamiento de los Objetivos del Milenio dentro del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) cuyo objetivo 3 consiste en:

“Promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer”

Este objetivo reconoce las diferencias entre los géneros, en especial las que se constituyen como

desventajas para la mujer y se acentúan en las relaciones de poder a nivel de familia, sociedad, pareja y cultura en detrimento del goce pleno de los derechos y cumplimiento de obligaciones, por lo que considera que:

*“El análisis social desde una perspectiva de género permite comprender mejor los factores que contribuyen a la desigualdad económica, social, política y cultural entre hombres y mujeres y hace evidente la necesidad de definir estrategias, acciones y mecanismos orientados a lograr la igualdad y la equidad entre las personas”*².

La ausencia de este enfoque en el manejo de las desigualdades a nivel social, económico, político y cultural asentadas en contra de la mujer imponen injusticias que redundan en bajos niveles de desarrollo y de crecimiento económico, y mayor pobreza que en un país como Colombia se cataliza y agudiza por la presencia de un conflicto que dura ya casi medio siglo, donde las mujeres del campo sufren en un mayor nivel sus consecuencias:

*“...mayores desigualdades o inequidades de género están asociadas con bajos niveles de desarrollo y a la pobreza y tienen efectos sobre la perpetuación de la violencia, la ineficiencia en la utilización de los recursos humanos y sociales, la escasa participación política y productiva; de manera adicional, refuerzan el círculo intergeneracional de la pobreza”*³.

De otra parte el acervo normativo colombiano cuenta con la Ley 731 de 2002 mediante la cual se determinaron disposiciones para beneficiar a las mujeres rurales, en cuyo artículo quinto se estableció:

“Artículo 5°. Eliminación de obstáculos. Los fondos, planes, programas, proyectos y entidades que favorecen la actividad rural, deberán ajustar sus procedimientos y requisitos en aras de eliminar cualquier obstáculo que impida el acceso de las mujeres rurales a ellos”.

Sin embargo, la ausencia de un parámetro mínimo o línea base, hace inviable la medición de un propósito que aun cuando ya fue establecido hace casi una década y se hizo en la dirección correcta, no es posible determinar si ha sido cumplido o no.

Lo anterior hace necesaria la fijación de un límite o cota mínima que permita que el país cumpla con claridad el loable propósito de construir justicia social, en el marco de un Estado social de derecho como se autodefine en la Constitución Política, la cual origina el reconocimiento de derechos que requieren de regulación y materialización para alcanzar los logros sociales que pregona.

Situación actual

El primer toque de alarma en la situación de la mujer en el campo se encuentra en el Informe Na-

¹ Género y tierra: igualdad de condiciones – Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la Alimentación. Integrating Gender in Land Tenure Programmes - Findings and Lessons from Country Case Studies, Susana Lastarria. 2002.

² Objetivo de Desarrollo del Milenio - Objetivo 3 “Promover la igualdad entre géneros y la autonomía de la mujer” página 1.

³ *Ibidem*, página 1.

cional de Desarrollo Humano 2011-Colombia Rural, del Programa Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el cual, se destaca inicialmente la caracterización del modelo actual de desarrollo rural desde lo económico, partiendo de la necesidad de reconocer la existencia de al menos dos etapas:

- **Proteccionista:** la cual se presentó hasta finales de los ochenta.

- **Apertura económica:** presentada después de 1990.

Se observa también allí que al estudiar las circunstancias de estas dos etapas, han permanecido casi que inmutables ciertos obstáculos estructurales y rasgos distintivos del sector, los cuales se transcriben a continuación, en los que desatacamos el relacionado con el género y la discriminación que el proyecto de ley que se presenta pretende subsanar:

- No promueve el desarrollo humano y hace más vulnerada a la población rural.
- Es inequitativo y no favorece la convergencia.
- **Invisibiliza las diferencias de género y discrimina a las mujeres.**
- Es excluyente.
- No promueve la sostenibilidad.
- Concentra la propiedad rural y crea condiciones para el surgimiento de conflictos.
- Es poco democrático.
- No afianza la institucionalidad rural.

Igualmente es preocupante visualizar que para la ONU esté permanentemente presente una problemática de género y que el país no haya podido conjurarla, cuando afirma:

“En la implementación del modelo se ha ignorado la forma desproporcionada en que las inequidades rurales afectan a las mujeres. En consecuencia, las instituciones públicas no han tomado nota de esta situación por lo que los intentos por incorporar la perspectiva de género en todo el ciclo de la política pública han sido pocos, fragmentarios y débiles frente a la complejidad del problema.

Como se dijo, vivir en el campo implica estar sometido a varias manifestaciones de inequidad, pero cuando se es mujer estas se agudizan aún más. Las mujeres rurales se ven sometidas a varios tipos de discriminaciones que las sitúan en peores condiciones de vulnerabilidad frente a los hombres e incluso frente a otros miembros de la familia campesina.

Si la discriminación no se reconoce, las acciones para combatirla o eliminarla se hacen más difíciles. El modelo oculta las inequidades, no considera el efecto que sus medios y fines tiene sobre la vida de las mujeres y, por lo mismo, ha dedicado

poca atención a incorporar sus potencialidades, necesidades y demandas. En el peor de los casos, ha terminado por asignarles responsabilidades adicionales en la estabilidad de los hogares rurales o de la economía familiar, con lo cual no pocas veces se ha logrado el efecto perverso de agregar más cargas a la doble jornada que por tradición y sin reconocimiento han debido asumir”⁴.

También se encuentra para el PNUD, la existencia de varias fuentes de discriminación en la forma de deudas:

- **Deuda rural:** es compartida por mujeres y hombres. Se deriva del hecho de que las condiciones de vida, el acceso a bienes básicos, el tipo de inserción laboral y la vigencia de los derechos son muy precarios en las zonas campesinas.

- **Deuda de género:** esta corresponde a la experiencia de las pobladoras rurales por el hecho de ser mujeres *per se*, donde predominan ciertas actitudes culturales y sociales de orden patriarcal, que excluye y rechaza lo que no esté alineado en ese orden.

Para complementar el estado vulnerable de la mujer rural, debe tenerse en cuenta que la estructura de la economía agraria colombiana se caracteriza por una clara diferenciación de al menos tres formas empresariales básicas colombianas: *“la empresa agropecuaria capitalista, el latifundio ganadero especulativo y la producción familiar (o comunitaria)”⁵.*

También se hace evidentemente que Colombia posee una producción mayoritariamente sustentada en la forma familiar, de la que depende en gran medida de la generación de ingresos para la familia o grupo social, que se caracteriza por el papel fundamental de la mujer en el sentido de que ella genera buena parte de la mano de obra a través de sus hijos y la suya propia.

En otras palabras, la mujer no solo aporta su propia fuerza laboral que por lo general no es remunerada monetariamente, sino que además da vida a hijos que a su vez la aportarán, y no se le otorga el reconocimiento que esta contribución merece, en tanto adicionalmente se encuentra a cargo de las labores domésticas, la promoción de los valores y la educación del núcleo familiar.

Se infiere entonces que a pesar de la importancia social y productiva de la mujer dentro del agrocolombiano, en especial en el tipo de producción familiar o campesina, el Estado Colombiano no tiene los desarrollos y los logros que permitan alcanzar una mayor inclusión y acceso de la mujer a sus derechos.

⁴ Informe de Desarrollo Humano 2011: Colombia Rural. PNUD, página 36.

⁵ Forero Álvarez, Jaime. Economía campesina y sistema alimentario: aportes para la discusión sobre seguridad alimentaria. Universidad Javeriana. Bogotá, 2003.

TIPOS EMPRESARIALES BÁSICOS DE LA ESTRUCTURA AGRARIA COLOMBIANA

EMPRESAS BÁSICAS / Naturaleza socioeconómica-	TIPOS	PRODUCTOS
CAPITALISTA AGROPECUARIA/ Su reproducción depende de la obtención sistemática de utilidades.	Finca agrícola	Café, Baniano de exportación, Frutales
	Empresa itinerante	Arroz, sorgo, maíz tecnificado, algodón, soya.
	Plantaciones agroindustriales	Azúcar, Palma africana, Madera
	Hato ganadero tecnificado	Leche principalmente / Carne
	Hato ganadero extensivo y Semiintensivo	Carne principalmente / Leche
	Biindustrias	Aves – huevos Flores
LATIFUNDIRIO GANADERO ESPECULATIVO Su finalidad es la renta inmobiliaria especulativa (o la legalización de capitales) el dominio territorial y secundariamente la ganancia derivada de la actividad pecuarias.	Latifundio ganadero especulativos	Carne
FAMILIAR O CAMPESINA Su reproducción depende de la generación de ingresos (monetarios y en especie) a la familia o grupo social.	Comunitarias	CULTIVOS PREDOMINANTEMENTE CAMPESINOS. • Café • Cereales: Maíz, trigo, cebada, arroz seco manual • Oleaginosas: ajonjolí. • Papa, plátano, yuca, ñame. • Hortalizas y frutas. • Agroindustrias en fincas: Café, tabaco, coca, amapola, panela Pecuarias: leche, bovinos, aves. Madera silvestres. Pescado (pesca artesanal)
	Familiares de autosubsistencia	
	Familiares altamente integradas al mercado	
	Producción familiar capitalista.	

Fuente: Jaime Forero Álvarez. "Economía campesina y sistema alimentario: aportes para la discusión sobre seguridad alimentaria", Bogotá 2003. Universidad Javeriana.

En la misma dirección y al revisar los indicadores del mercado laboral que se presentan a continuación, se puede observar la crítica situación de las mujeres en cuanto a su participación dentro de la población económicamente activa, en la que algunos como la tasa de ocupación es la más baja (28%) comparada con las mujeres urbanas y hombres urbanos y rurales.

De la misma manera se puede visualizar igualmente que la participación en el ingreso ha sido muy baja para las mujeres rurales, que entre los años 1996 y 2005 corresponde a tan solo el 3.7%, frente a la de los hombres rurales que tuvo un desempeño a 5.9%:

Indicadores Mercado Laboral

Indicador	Subgrupo	Participación (%)	Ocupación (%)	Tasa de desempleo (%)	Participación en el ingreso (%)
Población total	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	35,40	35,70	73,90	73,80
	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	28,40	46,40	64,00	75,40
	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	10,70	14,00	10,70	4,50
	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	3,20	1,30	3,40	5,20
	Participación Ingreso 1996-2005	3,70	4,70	10,10	3,90
	Participación Ingreso Ingreso 2005	5,90	25,30	42,50	45,00
Mujeres rurales	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	40,70	30,00	2,35	6,50
	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	54,40	41,20	37,70	11,90
	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	46,70	54,50	11,70	11,80
	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	9,70	10,30	5,20	2,30
	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	1,70	14,00	6,70	0,70
	Participación Ingreso 1996-2005	44,40	48,20	11,10	13,70
Hombres	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	31,40	40,00	39,70	75,00
	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	21,20	33,00	46,40	66,60
	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	32,50	30,60	25,00	6,70
	Participación Ingreso 12/2010 - 2/2011	4,70	1,80	0,70	0,40

Fuente: Informe de Desarrollo Humano 2011: Colombia Rural. PNUD, página 137.

Estos indicadores resultan aún más dramáticos si se tiene en cuenta que el trabajo femenino es subestimado social y económicamente, existiendo invisibilidad de su contribución en las actividades productivas y el tratamiento diferencial que brinda el mercado laboral rural a las mujeres es discriminatorio, pues no se basa

en diferencias objetivas en sus aptitudes para el trabajo frente a los hombres, sino en estereotipos de género.

Adicionalmente existen elementos que reflejan la dura realidad de la mujer en el campo como por ejemplo la precariedad del tipo de remuneración que reciben por su trabajo en donde el trabajo agrícola no se le reconoce en un 25% de las veces mediante ninguna forma de pago y 6.7% de las veces las mujeres reciben pago solo en especie, 7.5% compartido especie y dinero y solo el 60.6% en dinero.

En contraste a las mujeres urbanas se las remunera un 86%, lo que refleja y soporta las afirmaciones previas en el sentido de la triple discriminación que sufre la mujer campesina.

Remuneración de la Mujer por Sector Económico

Tipo de remuneración	Agricultura (%)	No agrícola (%)	Total (%)
Dinero solamente	40,8	86,4	80,6
Dinero y especie	2,5	8,8	8,3
Especie solamente	6,7	1,3	2,5
No se pagan	25,2	4,1	8,8
Total	100	100	100

Fuente: Informe de Desarrollo Humano 2011: Colombia Rural. PNUD, página 137.

Otro aspecto en el que se destaca la difícil situación de la mujer corresponde a las decisiones de gasto y aportes a la economía familiar, agregando dificultades adicionales a las referidas y ahondando aún más los obstáculos que se presentan a las mujeres rurales en la búsqueda de mejores condiciones sociales:

Participación de las mujeres en el Aspecto Financiero

Participación en los gastos familiares y contribución a su financiamiento en función de la zona urbana y rural.

		2005		2010	
		Zona urbana	Zona rural	Zona urbana	Zona rural
Porcentaje de decisión particular	Sólo en el marido (M)	91,2	84,6	76,7	72,9
	Artículo general (M)	7,9	12,1	21,3	26,8
	Agrupación de M	1	3,3	1,7	1,4
	Total (M)	100	100	100	100
Porcentaje de aporte del hogar	Nada contribuye (M)	27	28	28	31,3
	Mucho de lo que (M)	79,2	71,6	71,3	68,4
	Contribuye (M)	35,9	32	46,4	38
	Total (M)	100	100	100	100
Número de mujeres con remuneración		9402	875	1284	1072

Fuente: Informe de Desarrollo Humano 2011: Colombia Rural. PNUD, página 137.

Se puede visibilizar que durante el año 2005 en la ruralidad, el 84% de las mujeres deciden solas el gasto familiar, mientras que a 2010 este porcentaje disminuyó a 72.9% y el aporte de ellas en el cubrimiento de los gastos aumentó en la proporción donde ellas pagan la mitad o más de 32% a 39% entre 2005 y 2010.

El número de mujeres rurales que reciben remuneración en la zona rural bajó del 2005 (3.775 mujeres) a 2010 (3.072 mujeres) en 703 mujeres, es decir el 18.6%, y la disminución entre las mujeres urbanas fue de 31.4% en ese mismo lapso.

Los niveles de tenencia de la tierra por género son altamente alarmantes. Para las mujeres rurales desplazadas –según el PNUD– no alcanzan a ser el 30% de los propietarios de la tierra bajo ninguna forma de tenencia (propietaria, poseedora, ocupante baldío, ocupante de hecho), solo bajo la figura de heredera llega a un nivel de 32.5% frente a los porcentajes de apropiación relativamente altos que poseen los hombre solos.

Incluso el grupo familiar hombre y mujer alcanza a ser superior a tipo de poseedor mujer. Por ejemplo en ocupantes de baldíos el 70% de propietarios son hombres, 21.1% hombre y mujer y 8.9% solo la mujer.

Tenencia y Género

Tenencia y género

Forma de tenencia de la tierra (tenencia subterránea o baldío)	Total de grupos familiares desplazados		
	Hombres (M)	Mujeres (M)	Hombres y mujeres (M)
Propietaria	642	26,5	9,3
Poseedora	589	24,7	14,5
Ocupante de baldío	780	8,9	21,1
Ocupante de hecho	55,4	25,0	79,6
Heredera	56,3	32,5	71,2

Fuente: Encuesta Nacional de Verificación de los Derechos de la Población Desplazada, octubre de 2010, 010-04.

Fuente: Informe de Desarrollo Humano 2011: Colombia Rural. PNUD, página 139.

Al observar los resultados concretos de la aplicación de la política de mujer rural en el país se encuentran importantes desigualdades en varios de los instrumentos, en los que muy a pesar de los propósitos legislativos y la política pública del Estado aún existe una gran distancia con las expectativas que sobre resarcimiento social tiene hoy el país.

De acuerdo con información suministrada por el MADR⁶ y el INCODER, se puede deducir que en cuanto al acceso a las tierras baldías y los programas de fomento al desarrollo rural, la participación de la mujer se encuentra hoy lejos de lo deseable y lo que se ha determinado como propósito nacional en materia de equidad de género y eliminación de toda forma de discriminación de género.

Bajo la modalidad de Adjudicación de Baldíos, objeto primordial del presente proyecto de Ley es posible observar que todos los años desde el 2003 hasta el 2012, de forma reiterada y constante las mujeres han venido recibiendo una menor cantidad de títulos que los hombres puesto que del total de 86.590 títulos entregados, a las mujeres correspondieron solamente 34.882. Lo anterior nos muestra cómo la ausencia de un enfoque diferencial de género no deriva en la equidad que el país necesita.

Número de familias por jefatura de hogar adjudicatarias de baldíos.

Total Nacional. 2003-2012

Nº Familias	Género			
	Año	Hombre	Mujer	Totales
2003	108	81	189	
2004	2.474	1.292	3.766	
2005	4.214	2.227	6.441	
2006	5.239	3.365	8.604	
2007	2.539	1.750	4.289	
2008	7.360	3.594	10.954	
2009	11.226	7.731	18.957	
2010	7.156	5.456	12.612	
2011	6.802	5.833	12.635	
2012*	4.590	3.553	8.143	
Total	51.708	34.882	86.590	

*Datos preliminares a 31 de agosto de 2012.

Fuente: INCODER. Cálculos y elaboración propios.

En ese mismo periodo al contabilizar la distribución medida en hectáreas, se observa una realidad de mayor dramatismo, dado que allí la situación empeora ya que del total de las más de 2.5 millones de hectáreas adjudicadas, a las mujeres solo les correspondieron aproximadamente 873 mil.

Otro segmento de beneficiarios en la población rural que no corresponde a la denominada desplazada, pero que hace parte de ese grupo de desposeídos o campesinos sin tierras y poseedores sin título que participan de los programas del Gobierno, según sus diferentes modalidades pueden ser: Subsidio Integral de Tierras –SIT–, Compra Directa o Adjudicación de Baldíos. También se encuentran cifras que muestran la situación de las mujeres den-

⁶ Respuestas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a Proposición Número 8 del 2012 sobre mujer rural hecha por la Comisión Quinta del Senado de la República.

tro de esa dinámica de oferta institucional y real acceso en términos de cantidad de familia y área recibida.

Área entregada a familias por jefatura de hogar adjudicatarias de baldíos.

Total Nacional, 2008-2012 (expresada en hectáreas)

Área (hectáreas)	Género		
	Año	Hombre	Mujer
2003	1.238	1.916	3.154
2004	107.557	56.073	163.630
2005	94.445	59.395	153.840
2006	295.455	175.071	470.526
2007	51.469	24.998	76.467
2008	186.959	93.293	280.252
2009	254.169	122.850	377.018
2010	214.927	128.621	343.548
2011	263.207	129.717	392.924
2012*	173.014	81.633	254.647
Total	1.642.439	873.566	2.516.006

*Datos preliminares a 31 de agosto de 2012.

Fuente: INCODER. Cálculos y elaboración propios.

Para efectos de un análisis objetivo, se van a revisar las cifras de entregas de tierras –cantidad de familias, área entregada y comparación porcentual– por cada programa del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER.

Para el programa de Subsidio Integral de Tierras –SIT–, el INCODER registra las siguientes adjudicaciones en la cantidad de familias beneficiadas por jefatura de hogar en todo el territorio nacional en el periodo 2008-2012 (corte a 31 de agosto de 2012).

Número de familias por jefatura de hogar beneficiadas con Subsidio Integral de Tierras –SIT–.

Total Nacional. 2008-2012

Número de familias	Género		
	Año	Hombre	Mujer
2008	257	140	397
2009	462	259	721
2010	877	558	1.435
2011	506	409	915
2012*	37	59	96
Total	2.139	1.425	3.564

*Datos preliminares a 31 de agosto de 2012.

Fuente: INCODER. Cálculos y elaboración propios.

Se observa cómo a lo largo de la serie, el número de hogares donde las mujeres son cabeza de hogar tiene una participación que representa un poco más de la mitad de la participación de los hombres, en donde los años con menor participación para las mujeres jefas de hogar fueron 2008 y 2009.

En cuanto al área entregada a los núcleos familiares bajo el SIT entre 2008 y 31 de agosto de 2012 que correspondió a 27.455 hectáreas, se observa una tendencia similar en que la proporción de lo dispuesto para las mujeres

es abiertamente inferior a la de los hombres, haciendo evidente y reforzando la necesidad de encontrar la equidad.

Área entregada a familias por jefatura de hogar beneficiadas con Subsidio Integral de Tierras –SIT–.

Total Nacional, 2008-2012 (expresada en hectáreas)

Número Hectáreas	Género		
	Año	Hombre	Mujer
2008	2.590	1.310	3.900
2009	3.862	2.201	6.063
2010	6.605	4.248	10.853
2011	3.159	2.584	5.743
2012*	342	556	898
Total	16.557	10.898	27.455

*Datos preliminares a 31 de agosto de 2012.

Fuente: INCODER. Cálculos y elaboración propios.

Por último, en la modalidad de la Compra Directa, bajo la cual el INCODER proporcionó cifras para el periodo 2002-2008, se observa que durante ese lapso las familias en cabeza de mujeres correspondieron solo a 1932 de un total de 4.901 familias beneficiadas:

Número de familias por jefatura de hogar C.D. Total Nacional. 2002-2008.

Nº Familias	Género		
	Años	Hombre	Mujer
2002	68	15	83
2003	203	67	270
2004	540	179	719
2005	244	83	327
2006	505	400	905
2007	1.352	1.139	2.491
2008	57	49	106
Total	2.969	1.932	4.901

Fuente: INCODER. Cálculos y elaboración propios.

En igual tendencia de las 48.058 hectáreas entregadas en todo el territorio nacional en compra directa entre 2002 y 2008, solo 18.467 fueron para las mujeres rurales; es decir que las mujeres siempre tuvieron una participación que apenas corresponde a un 60% de la que le correspondió a los hombres.

Área entregada a familias por jefatura de hogar C.D.

Total Nacional, 2002-2008

Área (hectáreas)	Género		
	Años	Hombre	Mujer
2002	1.706	261	1.967
2003	1.668	469	2.137
2004	5.449	2.177	7.626
2005	2.089	665	2.753
2006	5.399	4.279	9.678
2007	12.783	10.305	23.088
2008	498	312	810
Total	29.592	18.467	48.058

Fuente: INCODER. Cálculos y elaboración propia.

Es evidente, que para cada uno de los anteriores tres programas –Adjudicación de Baldíos,

Compra Directa y Subsidio Integral de Tierras—la mujer tiene una participación significativamente menor que la de los hombres lo que hace necesario establecer los criterios del enfoque diferencial de género que deriven en la aplicación con equidad de los beneficios que el Estado ofrece para la ciudadanía, atendiendo la condición de vulnerabilidad y fragilidad física, social, psicológica y económica de las mujeres en el campo.

A manera de ejemplo, se puede observar que en programas como el de Apoyo a Alianzas Productivas –AAP–, tampoco existe enfoque diferencial de género o de mejoramiento de las condiciones de inserción de la mujer en la estructura productiva:

*“Con base en información suministrada por los operadores regionales del Proyecto, a corte 30 de junio de 2012, se contabilizaron 4.774 mujeres participando activamente en las actividades de implementación y desarrollo de las alianzas, en representación de sus familias. Esto representaba a ese corte, el 20% del total de beneficiarios vinculados a Alianzas Productivas. Un resultado indirecto del proceso de consolidación de alianzas que vale la pena destacar es que mientras en la fase I del Proyecto que se desarrolló entre los años 2002 y 2007, las mujeres representaban el 17% (1.606 mujeres) del total de beneficiarios directos del Proyecto, en la fase II aun en ejecución, desde el año 2008, se incrementa en forma significativa la participación de la mujer (23% de mujeres cabeza de familia en Alianzas, 2.394) manteniéndose aún esta tendencia a continuar incrementándose proyectándose su estabilización alrededor de un 25%”.*⁷

Se debe destacar y es plausible que las mujeres aumenten su empoderamiento de procesos productivos con programas gubernamentales como APP, pero es preocupante que sea un logro indirecto del proceso de consolidación del programa que no corresponde a una directriz concreta por parte del MADR para favorecer o priorizar a las mujeres dentro de ese programa, lo que es agravado con el hecho de que además, son procesos extensos que demandan una importante capacidad técnica, los cuales deben ser surtidos por la población aspirante a ser beneficiaria, lo que a su vez hace más difícil el acceso de las mujeres a este programa, más aún teniendo en cuenta la también discriminatoria situación de la mujer en el acceso a la educación superior.

Lo anterior permite corroborar lo que se ha venido exponiendo respecto a la necesidad de

priorizar las iniciativas de género en los diferentes programas, para que dentro de la población beneficiaria se encuentren las mujeres en proporción adecuada, en especial aquellas con condición de cabeza de hogar.

Igual situación ocurre con el actual Programa de Asistencia Técnica Directa Rural, en el que se deben generar Planes Generales que sin bien están concebidos con base en las necesidades de la población y el Registro Único de Usuarios de Asistencia Técnica –RUAT–, tampoco contiene priorización o enfoque diferencial de género, que se hace muy necesario en tanto sobre la mujer recae gran parte del trabajo en las fincas o fundos de economía campesina.

Finalmente, en cuanto a la protección de la mujer en lo pertinente a la conservación del predio, la tenencia y propiedad de este, la presente iniciativa se sustenta en la legislación vigente, artículo 39 de la Ley 160 de 1994 que establece un plazo no menor a 15 años para que se pueda hacer la transferencia del derecho de dominio, posesión y tenencia:

“Artículo 39. Quienes hubieren adquirido del INCORA unidades agrícolas familiares con anterioridad a la vigencia de la presente ley, quedan sometidos al régimen de propiedad parcelaria que enseguida se expresa:

Por el solo hecho de la adjudicación, se obligan a sujetarse a las reglamentaciones existentes sobre uso y protección de los recursos naturales renovables, así como a las disposiciones sobre caminos y servidumbres de tránsito y de aguas que al efecto dicte el Instituto.

Hasta cuando se cumpla un plazo de quince (15) años, contados desde la primera adjudicación que se hizo sobre la respectiva parcela, no podrán transferir el derecho de dominio, su posesión o tenencia sino a campesinos de escasos recursos sin tierra, o a minifundistas. En este caso el adjudicatario deberá solicitar autorización expresa del INCORA para enajenar, gravar o arrendar la unidad agrícola familiar...”

IV. CONTENIDO DE LA PONENCIA

El Proyecto de ley número 149 de 2012 Senado se radicó con seis artículos, quedando de igual forma en esta ponencia y se configura así:

Artículo 1°. Determina el objeto de la iniciativa legislativa que es promover la equidad de género en la adjudicación de los terrenos baldíos nacionales, en la asignación de vivienda rural, la distribución de recursos para la promoción de proyectos productivos para fomento de la actividad rural.

Artículo 2°. Crea el artículo 65A a la Ley 160 de 1994, donde específicamente determina que

⁷ Ibídem, página 3.

el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el INCODER o quien haga sus veces, deben aplicar el enfoque diferencial de género en la adjudicación de las tierras baldías nacionales en por lo menos el 40% de los terrenos baldíos adjudicados durante cada año, a familias en cabeza de mujeres rurales y el 60% de los terrenos restantes será adjudicado a familias encabezadas por hombres o mujeres que cumplan con los requisitos que la ley establece.

Artículo 3°. Modifica el artículo 70 de la Ley 160 de 1994, estableciendo que podrán ser beneficiarias de las políticas de adjudicación de tierras baldías las mujeres rurales mayores de 16 años, salvo las excepciones legales, que no sean propietarias de tierras y que tengan tradición la ruralidad priorizando además a las mujeres cabeza de hogar.

Artículo 4°. Mediante este artículo se garantiza que el Estado a través de las instituciones de política rural asignen a mujeres rurales como mínimo el 40% de los subsidios para la construcción o adquisición de vivienda rural nueva y también de los destinados para mejoramiento y saneamiento básico y el 60% de los subsidios restante se asignará a hombres o mujeres que cumplan con los requisitos en igualdad de condiciones.

Artículo 5°. Garantiza la asignación de por lo menos el 40% de los recursos que cada año se destinen para proyectos productivos por parte de los diferentes fondos, planes, o programas del Gobierno Nacional a las mujeres rurales en condiciones de pobreza y que el 60% restante de los recursos presupuestados para cada año se asigne a hombres o mujeres que cumplan con los requisitos en igualdad de condiciones.

Artículo 6°. Disposiciones de publicación y vigencia de la iniciativa legislativa.

V. PROPOSICIÓN

Presentamos ponencia positiva y proponemos a la honorable Comisión Quinta del Senado de la República dar primer debate el **Proyecto de ley número 149 de 2012 Senado**, por medio de la cual se establecen criterios de equidad de género en la adjudicación de las tierras baldías, vivienda rural, proyectos productivos, se modifica la Ley 160 de 1994 y se dictan otras disposiciones.

De las honorables Senadoras,

Maritza Martínez Aristizábal, Coordinadora
Ponente;

Nora María García Burgos,

Daira de Jesús Galvis Méndez,

Ponentes.

TEXTO PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 149 DE 2012 SENADO

por medio de la cual se establecen criterios de equidad de género en la adjudicación de las tierras baldías, vivienda rural, proyectos productivos, se modifica la Ley 160 de 1994 y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. La presente ley tiene por objeto promover la equidad de género en la adjudicación de los terrenos baldíos nacionales, en la asignación de vivienda rural, la distribución de recursos para la promoción de proyectos productivos para fomento de la actividad rural, así como fijar mecanismos que garanticen su real y efectiva aplicación con el fin de erradicar cualquier forma discriminatoria de género.

Artículo 2°. Créase el artículo 65A en la Ley 160 de 1994, el cual quedará así:

“**Artículo 65A.** El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el INCODER o quien haga sus veces, a través de los instrumentos de política sectorial, aplicarán el enfoque diferencial de género en la adjudicación de las tierras baldías nacionales.

Será obligatoria la adjudicación de mínimo el 40% de los terrenos baldíos adjudicados durante cada año, a familias en cabeza de mujeres rurales; el 60% de los terrenos restantes será adjudicado a familias encabezadas por hombres o mujeres que cumplan con los requisitos que la ley establece.

Artículo 3°. Modifíquese el artículo 70 de la Ley 160 de 1994, el cual quedará así:

“**Artículo 70.** Podrán ser beneficiarias de la presente ley las mujeres rurales mayores de 16 años, salvo las excepciones legales, que no sean propietarias de tierras, que tengan tradición en labores rurales, que se hallen en condiciones de pobreza y marginalidad, y que deriven de la actividad rural la mayor parte de sus ingresos. Se priorizará a aquellas que ostenten condición de madres cabeza de familia.

Las Unidades Agrícolas Familiares sobre tierras baldías se adjudicarán conjuntamente a los cónyuges o compañeros permanentes, siempre que hayan cumplido dieciséis años de edad, sean jefes de familia, compartan entre sí las responsabilidades sobre sus hijos menores, o con sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad si velaren por ellos.

Los adjudicatarios podrán contraer las obligaciones inherentes sin necesidad de autorización judicial. Esta disposición se aplicará a todas las adjudicaciones o adquisiciones de tierras que llegaren a hacerse en favor de los campesinos, o para la admisión de estos como socios de las empresas comunitarias o cooperativas rurales”.

Artículo 4°. La Nación, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o quien haga sus veces y las entidades que favorecen la actividad rural, garantizarán cada año la asignación a mujeres rurales de al menos el 40% de los subsidios para la construcción o adquisición de vivienda rural nueva y también de los destinados para mejoramiento y saneamiento básico. El 60% de los subsidios restante se asignará a hombres o mujeres que cumplan con los requisitos en igualdad de condiciones.

Artículo 5°. La Nación a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o quien haga sus veces y las entidades que favorecen la actividad rural, garantizarán la asignación a mujeres rurales de al menos el 40% de los recursos que cada año se destinen para proyectos productivos por parte de los diferentes fondos, planes, o programas. El 60% restante de los recursos presupuestados para cada año se asignará a hombres o mujeres que cumplan con los requisitos en igualdad de condiciones.

Artículo 6°. La presente ley rige a partir de la fecha de publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Maritza Martínez Aristizábal, Coordinadora Ponente; *Nora María García Burgos*, *Daira de Jesús Galvis Méndez*, Ponentes.

CONTENIDO

Gaceta número 827 - Miércoles, 21 de noviembre de 2012

SENADO DE LA REPÚBLICA Págs.
PONENCIAS

Informe de ponencia para primer debate en segunda vuelta y Texto propuesto al Proyecto de Acto Legislativo número 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara, por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia..... 1

Ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 114 de 2012 Senado, por la cual se consulta al pueblo para convocar una Asamblea Constituyente que reforma la Constitución Política en lo relacionado con la Justicia y la elección de sus delegatarios. 10

Informe ponencia y Texto para primer debate al Proyecto de ley número 149 de 2012 Senado, por medio de la cual se establecen criterios de equidad de género en la adjudicación de las tierras baldías, vivienda rural, proyectos productivos, se modifica la Ley 160 de 1994 y se dictan otras disposiciones. 20