



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXIV - N° 588

Bogotá, D. C., lunes, 10 de agosto de 2015

EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 33 DE 2014 SENADO

por la cual se fija la cotización en salud de los pensionados con menos de seis (6) salarios mínimos legales mensuales.

Bogotá, D. C., agosto de 2015

Honorable Senador

ANTONIO JOSÉ CORREA

Presidente Comisión Séptima

Senado de la República

Ciudad

Referencia: Ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 33 de 2014, por la cual se fija la cotización en salud de los pensionados con menos de seis (6) salarios mínimos legales mensuales.

Señor Presidente:

En cumplimiento de la designación efectuada por la Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional del honorable Senado de la República, me permito rendir el siguiente informe de ponencia para segundo debate, al proyecto de ley en referencia en los siguientes términos:

Objeto

El presente proyecto de ley presentado a consideración del Congreso consta de dos artículos incluido la vigencia, cuyo propósito original busca modificar la contribución parafiscal en salud aplicable a los pensionados con menos de seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, soportado en parámetros de equidad y como acción afirmativa hacia estas personas que son sujetos de especial protección constitucional.

De conformidad con el artículo 150 numeral 12 de la Constitución, le corresponde al legislador establecer las condiciones en las cuales se presenta la parafiscalidad; atendiendo los principios en los cuales descansa el sistema de seguridad en salud, debemos considerar que al pensionado no le es exigible una carga desproporcionada que no se le exigió como empleado, y que se debe realizar el enfoque diferencial del sistema.

La cotización de los pensionados en Colombia es un tema que ha ocupado el análisis de la Corporación y del Gobierno en múltiples eventualidades, no obstante, dichas consideraciones a la fecha no se compadecen con la realidad material de este tipo de personas. El tema ha sido regulado por la Ley 100 de 1993, el Decreto número 806 de 1998, la Ley 1122 de 2007 y finalmente por la Ley 1250 de 2008, sin observar en mi criterio la realidad material que se expone en este proyecto.

En Colombia el monto de la pensión de vejez está previsto para que ascienda del 55 al 65% del ingreso base de cotización, salvo que este sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente, en cuyo caso será equivalente a dicha suma.

A partir del año 2008 se estableció que de dicha suma mensual se debería destinar el 12% para cubrir la cotización obligatoria en salud.

A simple vista tal configuración no presenta un problema, sin embargo al detenerse en el análisis de esos postulados puede observarse que dicha situación es vulnerable de los derechos de los pensionados e inequitativa, toda vez que la persona termina asumiendo en su retiro pensional mayores cargas dentro del sistema de seguridad social, cuando debería ser todo lo contrario.

Mientras que un trabajador no pensionado destina el 4% del 100% de los ingresos que percibe mensualmente, el pensionado destina el 12% del 55% de lo que recibió como empleado, es más aun en las condiciones del salario mínimo, debe observarse que este grupo poblacional es el que asume la mayor carga contributiva del sistema. Siendo que el salario mínimo mensual vigente en Colombia para el año 2015 asciende a 644.350, un trabajador debe aportar tan solo 25.774 pesos y un pensionado 77.320, suma que equivale a la cotización de un trabajador que devenga 1.848.000 al mes.

El supuesto de hecho por el cual se estableció la disposición de la Ley 1250 de 2008, fue precisamente que a este grupo poblacional no le era exigible asumir costos elevados para la manutención del sistema, sería impropio por parte del legislador burlar los postulados de los artículos 13 y 46 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional respecto de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, ha insistido en que se “trata de rentas parafiscales que constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en forma de gravamen que se establece con carácter impositivo por la ley para afectar a un determinado y único grupo social o económico, y que debe utilizarse en beneficio del propio grupo gravado”.

Así mismo, que en virtud de la autorización constitucional, el legislador tiene competencia para diseñar normas como la que aquí se presenta: “Si un principio jurídico universal consiste en que las cosas se deshacen como se hacen, debe preservarse en el orden tributario el de que quien crea los gravámenes es el llamado a introducir los cambios y adaptaciones que requiera el sistema tributario. De allí que en tiempo de paz, es al Congreso al que corresponde legislar en materia tributaria, con toda la amplitud que se atribuye a tal concepto, mediante la creación, modificación, disminución, aumento y eliminación de impuestos, tasas y contribuciones, bien que estas sean fiscales o parafiscales; la determinación de los sujetos activos y pasivos; la definición de los hechos y bases gravables y las tarifas correspondientes (artículos 150-12 y 338 C. P.) (Sentencia C-222 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo)”.

En idéntico sentido ha precisado que: “Dentro del poder impositivo, por simple coherencia se entiende incluido el de exoneración, que confluye con el primero a delinear los contornos del tributo. La disminución de la carga impositiva o establecimiento de los beneficios fiscales es tarea legislativa, antitética con la que establece el tributo, tarea que tiene por objeto restringir el hecho gravado al escoger determinadas hipótesis incluidas en la definición del hecho generador o en la hipótesis de sujeción o, en otros casos, tiene por propósito incidir sobre los elementos cuantitativos del tributo reduciendo partidas que integran la base o la tarifa; pero así como no puede decirse que la libertad de configuración del legislador para establecer el tributo sea absoluta, tampoco puede admitirse una autonomía política del legislador tan amplia en materia de exenciones que rebase los principios de justicia y equidad del deber de contribuir. Es decir, la configuración normativa de las exclusiones totales o parciales al deber de contribuir también debe respetar criterios de justicia, con el fin de diseñar un régimen tributario general, solidario y progresivo”.

Finalmente es preciso apuntar que el límite de los seis (6) salarios mínimos legales mensuales que se habían fijado en el proyecto original, siguiendo los parámetros de la racionalidad legislativa prevista por el artículo 31 de la Ley 1607 de 2012, se modifican en la ponencia para segundo debate, con el fin de atender los requerimientos del Gobierno nacional en cuanto a disminuir el impacto fiscal que representa la iniciativa y en razón de las actuales circunstancias económicas que afronta las finanzas del país, como resultado de la caída de los precios del petróleo.

Con tal fin, en el pliego de modificaciones propuesto se reduce el tope salarial de los pensionados beneficiarios de la presente disposición normativa pasando de seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como destinatarios de la reducción del pago de la cotización en salud del 12% al 4%, confiando que los miembros de la plenaria del Senado aprueben la presente iniciativa que sin duda alguna contribuye a mejorar la calidad de vida de los pensionados con ingresos más bajos.

Proposición:

Con fundamento en las anteriores consideraciones, propongo a la Plenaria del Senado, dar primer debate al

Proyecto de ley número 33 de 2014, *por la cual se fija la cotización en salud de los pensionados con menos de seis (6) salarios mínimos legales mensuales*. Junto con el pliego de modificaciones propuesto.

Cordialmente,



CARLOS ENRIQUE SOTO JARAMILLO
Senador

COMISION SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE

SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los cinco (5) días del mes de agosto año dos mil quince (2015)

En la presente fecha se autoriza **la publicación en *Gaceta del Congreso*** “el informe de ponencia para segundo debate en ocho (8) folios al **Proyecto de ley número 33 de 2014 Senado**, *por la cual se fija la cotización en salud de los pensionados con menos de seis (6) salarios mínimos legales mensuales*, recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día cinco (5) de agosto de 2015. Hora 10:42 a. m.

El presente informe de ponencia para segundo debate se publica en la ***Gaceta del Congreso***, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del H. Senado de la República

PLIEGO DE MODIFICACIONES PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 33 DE 2014 SENADO

por la cual se fija la cotización en salud de los pensionados con menos de seis (6) salarios mínimos legales mensuales.

El título se modifica y quedará así:

PROYECTO DE LEY NÚMERO 33 DE 2014 SENADO

por la cual se fija la cotización en salud de los pensionados con menos de tres (3) salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 1°, se modifica y quedará así:

Artículo 1°. La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados con montos inferiores a **los tres (3) salarios mínimos mensuales** vigentes será del cuatro por ciento (4%) de la respectiva mesada pensional.

Artículo 2°. Queda igual al aprobado por la Comisión Séptima.

Cordialmente,



CARLOS ENRIQUE SOTO JARAMILLO
Senador

COMISION SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los cinco (5) días del mes de agosto
año dos mil quince (2015)

En la presente fecha se autoriza **la publicación en *Gaceta del Congreso*** “el informe de ponencia para segundo debate en ocho (8) folios al **Proyecto de ley número 33 de 2014 Senado, por la cual se fija la cotización en salud de los pensionados con menos de seis (6) salarios mínimos legales mensuales**, recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día cinco (5) de agosto de 2015. Hora 10:42 a. m.

El presente informe de ponencia para segundo debate se publica en la ***Gaceta del Congreso***, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del H. Senado de la República

**TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO
DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO
33 DE 2014 SENADO**

*por la cual se fija la cotización en salud
de los pensionados con menos de tres (3)
salarios mínimos legales mensuales.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados con montos inferiores a los tres (3) salarios mínimos mensuales vi-

gentes será del cuatro por ciento (4%) de la respectiva mesada pensional.

Artículo 2°. La presente ley rige a partir de su promulgación.

Cordialmente,



CARLOS ENRIQUE SOTO JARAMILLO
Senador

COMISION SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los cinco (5) días del mes de agosto
año dos mil quince (2015)

En la presente fecha se autoriza **la publicación en *Gaceta del Congreso*** “el informe de ponencia para segundo debate en ocho (8) folios al **Proyecto de ley número 33 de 2014 Senado, por la cual se fija la cotización en salud de los pensionados con menos de seis (6) salarios mínimos legales mensuales**, recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día cinco (5) de agosto de 2015. Hora 10:42 a. m.

El presente informe de ponencia para segundo debate se publica en la ***Gaceta del Congreso***, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del H. Senado de la República

CONCEPTOS JURÍDICOS

**CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE
HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL PROYECTO
DE LEY NÚMERO 94 DE 2014 SENADO**

*por la cual se regula el ejercicio de cabildero y se crea
el Registro Único Público de Cabilderos.*

1.1.

Bogotá, D. C.,

Honorable Senador

ROY LEONARDO BARRERAS MONTEALEGRE

Senado de la República

Carrera 7 N° 8-68

Ciudad

Asunto: Comentarios respecto del texto aprobado para primer debate al Proyecto de ley número 94 de 2014 Senado, por la cual se regula el ejercicio de cabildero y se crea el Registro Único Público de Cabilderos.

Respetado Senador:

De manera atenta me permito exponer los comentarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto del texto aprobado para primer debate al Proyecto de ley número 94 de 2014 Senado, *por la cual se regula el ejercicio de cabildero y se crea el Registro Único Público de Cabilderos*.

El proyecto de iniciativa parlamentaria tiene por objeto regular las actividades de cabildero y crear el registro único de cabilderos. El articulado está compuesto de tres títulos: el primero establece las definiciones conceptuales de los términos que enmarcan el proyecto; un segundo título referido al registro único de cabilderos; y por último, establece los derechos, obligaciones y prohibiciones de cabilderos y de los clientes.

En los asuntos de competencia de este Ministerio, se advierte que el artículo 3° del proyecto de ley establece la creación de un registro electrónico de cabilderos sin definir fuente alguna de financiación. Al respecto señala:

“Artículo 3°. Registro Único de Cabilderos. Créase el Registro Electrónico Único Público de Cabilderos, el cual será administrado por la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República. Los cabilderos deberán estar inscritos en este registro para poder realizar actividades de cabildeo. El contenido de este registro es público y podrá ser consultado por cualquier persona en el sitio web de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República”.

Si bien es cierto que la necesidad de regular la actividad del cabildeo obedece al estricto cumplimiento de un deber constitucional consagrado en el artículo 144 Superior, debe advertirse que desde el punto de vista fiscal la implementación del Registro Único de Cabilderos representa costos adicionales para la Nación que podrían ser estimados con precisión al momento de definirse los requerimientos técnicos de dicho registro.

Sin embargo, teniendo en cuenta el propósito de la iniciativa, un buen referente podría ser el “Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranza (Runeol)” Cuadro 1, cuya implementación y su funcionamiento demandó costos aproximados en cuantía de **\$909 millones** de pesos durante el periodo comprendido de noviembre 2013 a 2015; recursos que no se encuentran contemplados ni en el Marco Fiscal de Mediano Plazo ni en el Marco de Gasto del sector correspondiente y respecto de los cuales, tal como se mencionó, no se establece fuente de financiación alguna.

Cuadro número 1.

Costo de Implementación y funcionamiento del Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranza 2013-2015	
Objeto	Valor
Gerencia del Proyecto	104.895.217.00
Diseño y Construcción	170.723.203.00
Mantenimiento evolutivo	141.035.172.00
Arquitectura de Software	63.986.542.80
Estimación de Futuras	95.885.304.00
Plataforma Tecnológica	84.938.653.08
Personal de apoya Oficina Asesora de Jurídica	248.290.107.00
Total	909.754.198.88

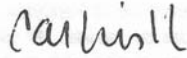
Fuente. Ministerio de Hacienda Dir. Administrativa y Dir. Tecnología.

Es importante recordar, que de conformidad con el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, en todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley que ordene gasto, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Para estos propósitos, es obligación de los parlamentarios incluir expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo, lo cual como es evidente no aconteció con la presente iniciativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Ministerio no tendría objeciones al presente proyecto de ley, siempre y cuando los gastos relacionados con la implementación del Registro sean atendidos con los recursos disponibles del sector respectivo, no sin antes manifestar nues-

tra voluntad de colaborar en la actividad legislativa en términos de responsabilidad fiscal.

Cordial saludo,


CAROLINA SOTO LOSADA
Viceministra General
Ministerio de Hacienda y Crédito Público

C.C. Honorable Senador Carlos Fernando Galán Pachón – Autor.

Doctor Gregorio Eljach Pacheco, Secretario General del Senado de la República.

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL PROYECTO DE LEY NÚMERO 99 DE 2014 SENADO

por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia.

ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 145 DE 2015 SENADO

por medio de la cual se modifica el Decreto número 522 de 1971, Código Nacional de Policía, se crea la Contravención Especial de Acto Sexual Abusivo en Transporte Público y se dictan otras disposiciones.

Bogotá D.C.

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

Carrera 7ª N° 8-68

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de ley número 99 de 2014 Senado, por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia, acumulado con el Proyecto de ley número 145 de 2015 Senado, por la cual se modifica el Decreto número 522 de 1971, Código Nacional de Policía, se crea la Contravención Especial de Acto Sexual Abusivo en Transporte Público y se dictan otras disposiciones.

Señor Secretario:

Teniendo presente que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir debate en esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social¹.

Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, formula las siguientes consideraciones:

1. Como comentario preliminar, debe indicarse que esta Cartera reitera las observaciones planteadas dentro del proceso de elaboración de la propuesta legislativa debido a que algunas de ellas no fueron incorporadas al texto, de ahí que se insista en las mismas dado que mantienen su vigencia.

2. A todo esto es preciso recordar que en torno a la expedición de un nuevo Código de Policía, la Corte

¹ Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Gaceta del Congreso* número 554 de 2014, número 290 de 2015, número 304 de 2015.

Constitucional exhortó al Congreso. En palabras de la Alta Corporación:

[...] 5.2.10. Se exhortará nuevamente al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración normativa y cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución Política.

Recuérdese que esta Corporación en Fallo C-720 de septiembre 11 de 2007, M. P. Catalina Botero Marino, exhortó al Congreso a revisar el denominado Código Nacional de Policía, para adecuarlo a la Constitución de 1991. Atendiendo su pertinencia para el presente asunto, resulta oportuno recordar lo expuesto por la Corte en aquella ocasión:

“77. El denominado Código Nacional de Policía está integrado por un conjunto de disposiciones dictadas por el Gobierno nacional en ejercicio de facultades delegadas por el legislador, cuyo núcleo está constituido por el Decreto número 1355 de 1970. Como se explica brevemente a continuación, se trata de un conjunto de disposiciones dictadas para un momento histórico, político y jurídico, muy distinto al actual y por lo tanto merecen ser revisadas para adecuarlas, cuando menos, al derecho constitucional vigente.

El derecho de policía elaborado al amparo del derecho constitucional anterior a 1991 sigue naturalmente las pautas valorativas y principialista del antiguo régimen y no del derecho constitucional actual. Al respecto, no sobra recordar que la Carta de 1991 gira en torno a la persona humana y a sus derechos fundamentales como factor esencial de cohesión y cooperación social. El giro copernicano del derecho constitucional, según el cual el centro del ordenamiento es la persona y sus derechos, no la autoridad, pone de presente la necesidad de revisar normas preconstitucionales informadas esencialmente por los valores y principios del régimen anterior. Algunas de esas normas, probablemente aquellas que necesitan una más urgente revisión, son las normas dirigidas al mantenimiento del ‘orden público’, como las normas de policía.

En efecto, en la actualidad, el derecho de policía debe estar informado, cuando menos, por las más esenciales garantías de la libertad y los otros derechos fundamentales. En ese sentido, hoy ya no parece constitucional la existencia de normas abiertas o en blanco que en la práctica permiten que las autoridades policiales definan, según su criterio, las circunstancias concretas que pueden dar lugar a una actuación represiva². Tam-

² “Como se explica en detalle más adelante, la Corte Constitucional ha declarado inexecutable múltiples normas del Código Nacional de Policía por violación del principio de legalidad. Así por ejemplo en la Sentencia C-024 de 1994 la Corte consideró que el aparte adelante subrayado del artículo 57 del Decreto número 1355 de 1970, según el cual: Todo mandamiento de captura debe fundarse en ley o en reglamento de policía, era inexecutable. Igualmente, en la Sentencia C-110 de 2000 la Corte encontró que el numeral 1 del artículo 204 del CNP resultaba inconstitucional en razón de su vaguedad y generalidad. Igualmente, la Sentencia C-087 de 2000 declaró la inexecutable del artículo 205 del Código Nacional de Policía, por la vaguedad e imprecisión de la norma.

De igual forma, la Sentencia C-1444 de 2000 decidió que el inciso 3° del artículo 206 del Decreto número 1355 de 1970 era inexecutable por violación del principio de legalidad dado que confiere al comandante de estación o subestación de policía la facultad vaga y ambigua de imponer restricciones a la libertad de circulación.

poco se ajusta a la Constitución la existencia de facultades policiales sancionatorias que aparezcan restricciones a la libertad personal sin previa orden judicial³. Finalmente, ninguna actuación (como quiera que se le denomine, preventiva, represiva, de protección, sancionatoria, etc.) que afecte materialmente los derechos de una persona, puede adelantarse sin que existan garantías legales destinadas a asegurar la interdicción de la arbitrariedad”⁴.

Así, la Corte Constitucional insiste que las normas de policía aún vigentes no se acoplan con los actuales fenómenos que décadas atrás se pretendía regular, tornado imperativo que el legislador, dentro de sus competencias, las adecue al paradigma constitucional vigente⁵.

Sin duda y atendiendo a la estirpe de la Constitución de 1991, el Código que se adopte debe estar influenciado del garantismo que está a lo largo de todo el ordenamiento y, en especial, de los principios, axiología y visión de convivencia que de allí se desprende.

Con todo, en el Estado Social de Derecho la facultad punitiva se encuentra limitada por el principio de necesidad, lo que implica que el uso del derecho penal es la *ultima ratio* a utilizar dentro del plexo de facultades de las que puede hacer uso el Estado para mantener una convivencia pacífica⁶. En tal sentido, el profesor Nicolás García Rivas, ha expresado que los criterios de *merecimiento de protección del bien jurídico y la necesidad de protección penal de dicho bien*, son directrices adecuadas para abordar el derecho punitivo y, en tal virtud, aclara:

Igualmente la Corte declaró inexecutable el numeral 1 del artículo 207 del Código Nacional de Policía al encontrar que la norma demandada atribuía a una autoridad administrativa la función de ordenar la privación de la libertad, sin previo mandamiento judicial. En el mismo sentido se pronunció la Corte al declarar inexecutable la expresión ‘o el reglamento’ del artículo 226 del Código de Policía (Sentencia C-593 de 2005). En esta decisión la Corte reiteró que es únicamente el Congreso quien está constitucionalmente habilitado para dictar normas que limiten o restrinjan los derechos constitucionales de los asociados”.

³ “Así por ejemplo, la Sentencia C-176 de 2007 declaró la exequibilidad condicionada del literal a) del artículo 56 del CNP al considerar que en el actual sistema jurídico colombiano, salvo casos de flagrancia, la autoridad judicial, cuya competencia está determinada por la ley, es la única facultada para privar legítima y válidamente la libertad de las personas. En idéntico sentido, la Corte declaró inexecutable el inciso 2° del artículo 62 del CNP a través de la Sentencia C-176 de 2007. Según la Corte la autoridad judicial es la única facultada para privar legítima y válidamente la libertad de las personas. Así mismo, en Sentencia C-176 de 2007, la Corte decidió condicionar la exequibilidad del artículo 58 del Código Nacional de Policía, en el entendido que se requiere que exista mandato previo de autoridad judicial competente para que la Policía pueda privar a una persona de la libertad. En idéntico sentido pueden consultarse las Sentencias C-237 de 2005; C-850 de 2005, entre otras”.

⁴ “En distintas decisiones la Corte ha señalado que las garantías mínimas del debido proceso deben ser aplicadas al derecho policivo. Por encontrar que dichas garantías no existen ha declarado la inexecutable o la constitucionalidad condicionada de múltiples normas del CNP. Al respecto puede confrontarse, entre otras la Sentencia C-117 de 2006.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-511 de 31 de julio de 2013, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-647 de 20 de junio de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[...] la admisión de un bien jurídico en el ámbito penal no se debe efectuar siguiendo únicamente el criterio de la importancia del bien, sino teniendo en cuenta al mismo tiempo **la gravedad de los ataques que se pretenden prevenir** [...]. Este carácter “mínimo” o subsidio de la intervención penal nos sitúa desde otro ángulo, en el clásico postulado de la fragmentariedad del derecho punitivo, que exige justamente que los bienes merecedores de protección penal sean tutelados, por regla general –de manera “fragmentaria”, es decir, únicamente **contra las modalidades de agresión más graves y relevantes rechazando una tutela abrumadora o “totalitaria”** y, por ello, también uniforme e indiferenciada. En definitiva el principio de fragmentariedad impone que el Derecho Penal siga siendo un archipiélago de pequeños islotes en medio del gran océano de lo penalmente indiferente (aun siendo jurídicamente relevante) [...] [Énfasis fuera del texto]⁷.

Conforme con lo precedente, la acción típica (también en el ámbito correccional o disciplinario) y por ende, el desvalor que ella implica frente a una acción y resultado determinado, está signada por una decisión del legislador y, por tanto, es producto de la valoración legislativa que debe atacar precisamente las modalidades más graves y relevantes de agresión a los bienes tutelados, por ejemplo, en la vida, la salud, el patrimonio, la seguridad pública, etc., como en el presente caso se pretende⁸. Ahora bien, desde el punto de vista de la criminología es preciso tener en cuenta que un incremento de penas, por sí solo, no es garantía de cumplimiento de las normas. Incluso se ha llegado a concluir que es más importante y tiene un valor superior que las existentes sean acatadas.

De hecho, en el plano de algunas normas en las que se agravan las penas, aunque tal decisión puede ser deseable, algunos autores demuestran que ello no repercute en la conducta criminal⁹ y puede convertirse en una cascada de incrementos, afectando las garantías básicas propias al Estado social¹⁰.

Ello nos ubica ante el test de proporcionalidad de la pena frente a la conducta que, en este caso, amerita una censura apropiada sin detrimento de recabar en que los problemas pueden residir en una baja capacidad investigativa y sancionatoria del Estado, que no se en-

mienda con un incremento de la pena, y en una visión de la problemática netamente represiva. Esta reflexión puede producirse con la creación de tipos penales novedosos o específicos, como una corriente actual ligada a la protección de derechos de ciertas poblaciones, que, desde cierta perspectiva, pueden ser incorporados en un delito más general¹¹. En estos eventos, la expectativa de un nuevo tipo penal resulta frustrada por los bajos resultados en persecución penal y no solo por el hecho de que la creación del tipo penal aminore la presencia de la conducta.

3. Hecha esta precisión, se aconseja, en el artículo 5º, visibilizar a los animales como seres vivos a tener en cuenta dentro de la coexistencia urbana, con altos niveles de interrelación, y que merecen respecto y trato adecuado en tal condición y no solo como objetos de propiedad o de apropiación. Así, el lenguaje del derecho, construido a través del hombre, plantea una serie de enigmas en su interior, en particular por el concepto mismo de sujeto que no tendría capacidad de obligarse¹². ¿Cómo escuchar, entonces, esa voz que se expresa de una manera diferente? ¿Quién es su vocero calificado? En este caso, ¿sería posible un nuevo centro o una proyección desde la naturaleza, desde la tierra? ¿Puede ubicarse, como lo reseña el profesor y juez Eugenio Zaffaroni, a la naturaleza como persona?¹³

En la Aclaración de voto realizado por la Magistrada Calle Correa a la Sentencia C-283 de 2014 se realizan una serie de agudas observaciones sobre los derechos de los animales y, en general, las tendencias animalistas que van ganando espacio a nivel internacional:

[...] 43. Así las cosas, comparto con el Magistrado Ponente la orientación inicialmente presentada a la Sala Plena y el criterio de que el reconocimiento de derechos de los animales es inminente. Así lo han asumido órganos de la mayor jerarquía en nuestro sistema jurídico, como el Consejo de Estado; el Legislador parece encaminarse en esa dirección con normas como la que fue objeto de estudio en esta oportunidad (prohibición de animales silvestres en circos); distintas corrientes filosóficas demuestran insuficiencias del concepto de dignidad basado exclusivamente en la racionalidad práctica; y autores reconocidos en la teoría de la justicia proponen un enfoque de derechos de los animales basado en sus capacidades, que parece promisorio para dar ese paso hacia la inclusión de todos los seres vivos en un escenario de respeto y consideración jurídicas.

44. Los problemas pendientes de solución no deben vetar ese reconocimiento, pues las respuestas surgirán en la discusión del derecho internacional, en el debate democrático que se desarrolla tanto del Congreso de la República y en la jurisprudencia de los altos tribunales. De lo expuesto puede concluirse que existen amplios avances en cuanto a la fundamentación ética

⁷ García Rivas, Nicolás. *Poder Punitivo en el Estado Democrático*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla - La Mancha. 1996. Página 55.

⁸ Una de las vertientes contemporánea más importantes, como lo es la del doctrinante alemán Claus Roxin, postula al fundamentar su Teoría de la Imputación Objetiva –y del Injusto Penal– que: “[...] un sistema de Derecho Penal racional en cuanto a sus fines se diferencia en el ámbito del injusto de los proyectos sistemáticos causales y finales no solamente a través de su apertura a los empírico y político-criminal, sino precisamente por no reconocer que la acción típica sea exclusivamente algo dado previamente conforme al ser; esta es más bien un producto de valoración legislativa [...]” (Roxin, Claus. *Dogmática Penal y Política Criminal*. Traducción Abanto Vásquez, Manuel A. Editorial Idemsa. Lima-Perú. 1998. Página 29).

⁹ Cfr. Herrera Pérez, Agustín, “La prevención de los delitos: elemento fundamental en la seguridad pública”, en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/106/.../pr6.pdf. [Acceso 28 de mayo de 2015].

¹⁰ Cfr. López Peregrín, Claudia, “Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, en http://www.acaip.info/docu/cumplimiento/lucha_criminalidad_cumplimiento-integro.pdf. [Acceso 28 de mayo de 2015].

¹¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-121 de 22 de febrero de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹² Esta discusión, en Crespo Ricardo, “la naturaleza como sujeto de derechos: ¿Símbolo o realidad jurídica?”, *op. cit.*, páginas 8 a 10; Cartay, Belkis, “la Naturaleza: objeto o sujeto de derechos”, en <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19016/1/articulo1.pdf>. [Acceso 28 de mayo de 2015].

¹³ Zaffaroni, Eugenio, “La Naturaleza como persona: pachamama y gaia”, en Melo, Mario, “De Montecristi a Cochabamba. Los derechos de la madre tierra en debate”, <http://www.derechosdelanaturaleza.org/web-site/files/2011/01/De-Montecristi-a-Cochabamba-Mario-Melo.pdf>. [Acceso 28 de mayo de 2015].

y normativa de esos derechos; que hace falta la concreción, en diversos escenarios, del mandato de protección animal, y que de este pueden surgir derechos; que la definición de las vías de protección se encuentra aún en estado incipiente; y que, sin embargo, existen buenas razones constitucionales para aceptar la existencia de un derecho fundamental en cabeza de los animales no humanos, sin perjuicio de los que paulatinamente sean desarrollados por vía de derecho internacional, derecho interno, jurisprudencia y legislación [...]¹⁴.

Independientemente de lo anterior y del profundo debate que ello genera, se considera importante especificar a los animales dentro de la definición de convivencia, tal y como efectivamente se hace en el Capítulo XI.

4. La enunciación de principios fundamentales (artículo 8º) exige, como parte del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de nuestro Estado, contemplar la situación de los pueblos indígenas y otros pueblos (artículo 7º C. Pol.). Muchos de ellos se encuentran en las calles de las metrópolis, dedicados ocasionalmente a la mendicidad, y aprendiendo las ásperas reglas de la urbe y desaprendiendo las propias, en imágenes que congelan el corazón. Se exige, por lo tanto, una visión protectora a estos grupos desde el poder, función y actividad de policía y, por ende, principios diferenciadores que permitan tratos especiales. Este comentario es especialmente crítico en torno a los deberes de las autoridades de policía (artículo 10, numeral 4). Lo propio debe decirse en torno a los criterios de ponderación, en donde deben contemplarse aspectos como la condición de la persona y el respeto al derecho de defensa y al debido proceso, entre otros valores de particular valía en nuestro ordenamiento¹⁵.

De otra parte, el término niñas y niños incorpora, según la definición contenida en la Ley 12 de 1991 (Convención de los Derechos del Niño, 1989), a los menores de 18 años con lo cual, la alusión a adolescentes tendría sentido (conforme a la Ley 1098 de 2006, artículo 3º), solamente para la población con 18 años, aspecto que ha resaltado la Corte Constitucional¹⁶. Este tema se debe revisar en relación con los artículos 37, 39 a 42, 44, 63, 72, 73, 134, 177, entre otros. Desde la perspectiva anotada, entre 14 y menos de 18 años, la persona sigue siendo niña o niño.

5. En cuanto al artículo 15 del proyecto, debe tenerse en cuenta que existen otros temas, asociados a las normas de convivencia que son de competencia del legislador y, por lo tanto, forman parte de los puntos que no están habilitados para regular, a saber:

- Los aspectos procesales (*cfr.* Artículo 29 C. Pol.).
- La reserva documental es un aspecto deferido exclusivamente a la determinación que adopte el legislador.
- La intervención del Estado en la economía (artículo 334 *ibid.*).

De otro lado, no puede pasarse por alto que tales atribuciones están subordinadas a la facultad reglamentaria asignada al Presidente de la República y, por ende, constituyen restricción para las entidades territoriales.

6. En relación con el artículo 16, poder extraordinario ante situaciones de emergencia, seguridad y calamidad, debe tenerse en cuenta que frente a calamidades en salud, el Ministerio está habilitado para declarar la emergencia sanitaria (tal y como se consagra en la Ley 9ª de 1979) y así ha ocurrido en casos como la pandemia originada en el virus H1N1, aspecto que, además, está previsto en la normatividad internacional sobre la temática, como instrumento reactivo a cargo de las instancias de salud. Es más, en materia carcelaria, no puede perderse de vista la facultad asignada al Inpec cuando ocurran circunstancias críticas en los centros de reclusión (artículo 168 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 92 de la Ley 1709 de 2014). Adicionalmente, en Ley 1753 de 2015, *por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. “Todos por un nuevo país”*, se incluyó la siguiente norma:

Artículo 69. Declaración de emergencia sanitaria y/o eventos catastróficos. El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) podrá declarar la emergencia sanitaria y/o eventos catastróficos, cuando se presenten situaciones por riesgo de epidemia, epidemia declarada, insuficiencia o desabastecimiento de bienes o servicios de salud o eventos catastróficos que afecten la salud colectiva, u otros cuya magnitud supere la capacidad de adaptación de la comunidad en la que aquel se produce y que la afecten en forma masiva e indiscriminada generando la necesidad de ayuda externa.

En los casos mencionados, el MSPS determinará las acciones que se requieran para superar las circunstancias que generaron la emergencia sanitaria y/o eventos catastróficos con el fin de garantizar la existencia y disponibilidad de talento humano, bienes y servicios de salud, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional. Cuando las acciones requeridas para superar dichas circunstancias tengan que ver con bienes en salud, la regulación que se expida deberá fundamentarse en razones de urgencia extrema.

Lo dispuesto en este artículo podrá financiarse con los recursos que administra el Fosyga o la entidad que haga sus veces, o por los demás que se definan.

En consecuencia, debe atenderse tanto las normas citadas en el parágrafo como la ley del plan.

7. Ahora bien, por la redacción que tiene el artículo 17 de la iniciativa, en el caso del Presidente de la República, pareciera que estamos en presencia de las facultades que se derivan de los estados de excepción (artículos 212 y ss. C. Pol., particularmente el de conmoción interior), tema que, además de la regulación constitucional, cuenta con la Ley 137 de 1994 y sus linderos jurisprudenciales¹⁷. Lo anterior teniendo en cuenta que serían medidas de carácter legal y que la asunción transitoria de las mismas no le quita ese carácter. En todo caso, es equivoca la redacción y plantea la posibilidad de que el Presidente de la República asuma, transitoriamente, facultades de carácter legal. A nivel territorial no está previsto que el Gobernador o el Alcalde asuman las facultades asignadas a las Asambleas o Concejos, salvo en virtud de una habilitación de las respectivas Corporaciones y no motu proprio como se plantea en el proyecto (*Cfr.* artículos 300, num. 9, y 313, num. 3, C. Pol.).

Este comentario impacta el artículo 246 del proyecto, en la medida en que debe existir una coordinación con el nivel central y, más aún, un direccionamiento

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-283 de 14 de mayo de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-492 de 26 de junio de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto número 342A de 15 de diciembre de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁷ *Cfr.* CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-156 de 9 de marzo de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

cuando se trate de epidemias, brotes que afecten o puedan llegar a afectar la salud.

8. En cuanto al Título II del Libro Segundo, relativo a los comportamientos favorables a la convivencia, es plenamente comprensible que una propuesta como la impulsada, incentive la solidaridad y la cultura ciudadana como elementos vitales para la convivencia, más allá de la represión y sanción. No obstante, cuando se examinen esta clase de normas, se advierte que en algunos casos estas en presencia, realmente, de conductas **contrarias** a la convivencia, al punto que acciones similares a las allí descritas son sancionadas en normas posteriores al proyecto. No puede pasarse por alto que la propia Constitución establece un cúmulo de deberes de la persona y el ciudadano que, en muchos casos, rebasan el nivel de una recomendación o sugerencia, tal y como lo ha indicado la Corte Constitucional:

[...] En efecto, en principio, los deberes que surgen de la Constitución Política solo pueden ser exigidos a los particulares si media una norma legal que defina su alcance y significado de manera precisa¹⁸.

De tal manera que para que un deber constitucional sea exigible de un individuo en un caso concreto se requiere, a diferencia de lo que sucede con los derechos fundamentales que son directamente tutelables, de una decisión previa del legislador consistente en precisar el alcance del deber constitucional, en establecer si de este se derivan obligaciones específicas y en definirlos, así como en señalar las sanciones correspondientes, respetando principios de razonabilidad y proporcionalidad. Esto obedece a varios motivos dentro de los cuales cabe mencionar los siguientes.

Primero, el mismo texto del artículo 95 de la C. P. distingue entre los conceptos de deber y el de obligación. En efecto, la norma Superior tan solo acude a la noción de obligación para calificar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, la cual no está supeditada a que una ley específica la consagre. No obstante, aún en este caso, es el legislador el que ha de precisar las sanciones imponibles a las personas que la incumplan, como sucede efectivamente en múltiples leyes. Todos los demás enunciados del artículo 95 C. P. aluden a deberes o responsabilidades. La génesis de la norma en la Asamblea Constituyente indica que esta decisión de los delegatarios resultó de la preocupación por evitar que los deberes fueran invocados para justificar medidas arbitrarias, en especial de funcionarios y órganos de la rama ejecutiva¹⁹. Ello coincide con la diferencia entre

las raíces de ambas palabras. Por eso, mientras que la noción de obligación se asocia a ligar o constreñir, la de deber posee en sentido menos vinculante puesto que está asociada al significado “es necesario que”.

Segundo, si bien los deberes constitucionales tienen fuerza normativa, su objeto, estructura y fundamentación son diferentes a los de las obligaciones exigibles a las personas en un caso concreto²⁰. Por eso, del propio texto de la Constitución no es posible deducir de manera específica cuáles son las obligaciones a que están sujetas las personas en virtud del artículo 95 C. P. Las cargas sociales implícitas en los deberes constitucionales requieren de criterios de asignación de las mismas que, en principio, solo el legislador puede determinar, salvo la existencia de precisos y concretos criterios constitucionales que permitan su asignación por parte de los jueces por vía de interpretación. Si esas determinaciones puede hacerlas cualquier autoridad en cualquier circunstancia respecto de cualquier individuo, el riesgo de arbitrariedad es grande y claro, por lo cual solo al legislador se le confía la potestad de definir tales obligaciones específicas y de precisar las consecuencias de su incumplimiento.

Tercero, como Colombia es una república, una democracia, un sistema participativo y pluralista y un Estado Social de Derecho (artículo 1° C. P.), no es de recibo una concepción de los deberes constitucionales que justifique que se exija a las personas la realización de conductas que no han sido legalmente establecidas. De ser ello posible la dignidad, la libertad y la igualdad quedarían a merced de las autoridades y la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5° C. P.) sería una mera declaración formal.

Lo anterior no significa que un orden social justo (artículo 2° C. P. y Preámbulo) se funde exclusivamente en la protección de los derechos. Al consagrar de manera expresa deberes de las personas y de los ciudadanos, el constituyente reconoció que el orden civil democrático pasa por el respeto a los demás, por la realización de acciones de beneficio común y por la aceptación de cargas en condiciones de equidad y justicia. Todo ello, de conformidad con el principio de legalidad en la especificación del alcance y los efectos de los deberes constitucionales.

De esta forma, se entiende que los deberes enunciados en la Constitución cumplen la función de ser, principalmente, patrones de referencia para la formación de la voluntad legislativa²¹ y de ser fundamentos

obligaciones a diferencia de los deberes –que necesitan un desarrollo legal que los haga vinculantes– “pueden ser coercitivamente exigidas por las autoridades”.

²⁰ No le corresponde a la Corte tomar partido entre las diferentes teorías sobre el objeto, la estructura y la fundamentación de los deberes y las obligaciones. Para un resumen de los principales enfoques se puede acudir a Rafael de Asís Roig. Deberes y obligaciones en la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

²¹ Cfr. Sentencia T-801 de 1998 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. La Corte ha indicado que “excepcionalmente, los deberes constitucionales son exigibles directamente”. Ello sucede, entre otros eventos, cuando su incumplimiento, por un particular, vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona en circunstancias concretas, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio irremediable. En estos casos, al juez de tutela le corresponde evaluar si la acción u omisión, que constituye simultáneamente un incumplimiento de los deberes constitucionales, vulnera o amenaza un derecho

¹⁸ Sobre el particular, Cfr. la Sentencia T-125 de 1994 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz El petente solicita que por la vía de la acción de tutela se obligue a un particular, en este caso a su propio hijo, a suministrar información relativa a un negocio jurídico en el que tiene interés directo e, incluso, se haga exigible judicialmente en su favor el pago de la parte del precio que le corresponde por concepto de sus derechos sobre el bien objeto de compraventa. Dicho caso guardaba relación con el cumplimiento de un deber constitucional genérico, como es el de obrar conforme al principio de solidaridad social ante situaciones que ponen en peligro la vida o la salud de las personas (C. P. artículo 95-2) y, de uno específico, cual es, el deber, exigible de los hijos respecto de sus padres en la ancianidad (C. P. artículo 42), consistente en proteger y asistir a las personas de la tercera edad (C. P. artículo 46).

¹⁹ Cfr., entre otras, las Gacetas Constitucionales números 82 p. 7 y 16, número 83 p. 5; y número 112 p. 7. Varios de los proyectos presentados en este punto a consideración de la Asamblea referían en artículos separados la definición de los deberes y de las obligaciones del ciudadano, pues las

para la creación legal de obligaciones específicas que constituyen un desarrollo de la Constitución, normas que pueden llegar a justificar limitaciones razonables de los derechos constitucionales y referentes objetivos de la interpretación constitucional realizada por los jueces para resolver un caso concreto o específicamente para defender la supremacía e integridad de la Constitución, entre otras funciones. Como todas las demás disposiciones de la Carta, los deberes constitucionales han de ser interpretados en el contexto de un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad (artículo 1° C. P.) y en el cual tienen primacía los derechos inalienables de la persona (artículo 5° C. P.)²². [Enfasis fuera del texto].

En ese lindero entre deber, obligación, disposición legal y respeto de los derechos fundamentales, surgen aspectos que deben ser analizados como conductas que son contrarias a la convivencia y no exclusivamente asociadas a una buena conducta.

De esta forma, algunas de las normas de urbanidad, popularizadas por Manuel Antonio Carreño (que apareció en 1853), conocida como la famosa urbanidad²³ de Carreño y llamado *Manual de Urbanidad y buenas maneras para uso de la juventud de ambos sexos*, pasó a la posteridad como un catálogo de comportamiento asociado con la visión católica y con el discurso clasista, autoritario y sexista (superioridad del hombre sobre la mujer), occidental, propio al ideario burgués individualista²⁴, además de unas determinadas formas de comportamiento en demérito de otras. Se trató de un canon para la vida pública y privada, matizado por una serie de prejuicios²⁵ y que a su vez, sufrió réplicas en los manuales de conducta. Esta clase de postulados estaban asociados en su mayor parte a recomendaciones, pero sin duda, incorporaban obligaciones para garantizar una convivencia. De este modo, en una Constitución del respeto al otro, no se pueden confundir tales aspectos.

9. A todo esto, en el artículo 30 se describen ciertos comportamientos que ponen en riesgo la vida e integridad, en la disposición la protección del bien jurídico no es clara. Ello ocurre con comportamientos como “refirir”

fundamental, y si la ley habilita la procedencia de la acción de tutela contra el particular. En caso afirmativo, el juez podrá hacer exigibles inmediatamente los deberes consagrados en la Constitución, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales (en el caso citado el deber de solidaridad en conexión con la dignidad humana fue protegido directamente, pues el peticionario era una persona de la tercera edad que solicitaba la protección de su derecho a la seguridad social). Sobre el particular, pueden consultarse las Sentencias T-125 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-036 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz y T-351 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-246 de 9 de abril de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²³ El concepto de urbanidad hace referencia a “Cortesía, comedimiento, atención y buen modo”. En: www.rae.es/http://lema.rae.es/drae/?val=urbanidad. [Acceso 2 de junio de 2015].

²⁴ Cfr. Morales Quant, “La construcción de la urbe y sus cuerpos”, Acta Literaria número 44, I Sem. (167-173), Universidad de Cartagena, 2012. En: www.scielo.cl/pdf/actalit/n44/art_11.pdf. [Acceso 2 de junio de 2015].

²⁵ Al respecto. Cfr. Mangana Malero, Francisco, “Arquitectura del derecho y la obligación. La ciudadanía en la Venezuela decimonónica”, Historia Caribe, núm. 13, 2008, pp. 159-177, Universidad del Atlántico, Barranquilla, Colombia. En: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=93751306>. [Acceso 2 de junio de 2015].

o “deambular bajo grave alteración del estado de conciencia”.

Al revisar el párrafo de dicha norma, se considera importante la proporcionalidad entre la conducta y su sanción. Se sugiere revisar en las diferentes medidas correctivas este aspecto, pues el mensaje de lo prioritario e importante se pierde. En este evento, es claro que la vida y la integridad de la persona se encuentra más atacada por conductas que no tienen una medida correctiva tan fuerte.

10. En cuanto al artículo 36, numeral 4, el consumo de cigarrillo (productos legales), también podría afectar la tranquilidad.

11. Los artículos 44 a 48 del proyecto regulan lo relativo a trabajadores sexuales. A este respecto, desde este punto de vista, que ha sido impulsado por diferentes corrientes del feminismo y de garantía de los derechos de las y los trabajadores, se busca generar condiciones de dignidad, salubridad y de garantía a los derechos laborales y de seguridad social para aquellas personas que desarrollan, ejercen o trabajan prestando servicios sexuales y de igual manera establece obligaciones, deberes y garantías para los dueños de establecimientos de comercio dedicados a prestar este servicio, así como a los clientes del mismo. Busca además, que se elimine toda forma de discriminación y estigma dirigido a las personas que realizan servicios sexuales de forma autónoma. Esta concepción tiene algún soporte en la creencia según la cual “la prostitución es el trabajo más antiguo del mundo”, frase que se ha popularizado²⁶.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-629 de 2010²⁷, determinó por vía de tutela que la prostitución en Colombia es un trabajo, después de realizar un profundo análisis de los tratados internacionales, las normas del derecho civil, laboral y el Código de Policía, así como las normas de ordenamiento territorial. De esta manera, la Alta Corporación protegió el derecho al trabajo de una madre cabeza de familia en razón a la garantía de estabilidad reforzada laboral que se predica en general de las mujeres en sus relaciones laborales.

Para el máximo tribunal constitucional, la prostitución puede ser objeto de protección de las normas laborales, siempre que concurren los elementos naturales del contrato laboral y no puede negarse tal calidad a las personas que prestan servicios sexuales por el solo hecho del prejuicio moral en torno al sexo. El deber del Estado es velar por la protección de las personas que deciden ejercer esta actividad. Por lo tanto, hay contrato de trabajo cuando él o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay inducción a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por el carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida. Concluye la Corte que no pretende ni auspiciar la actividad, ni desconocer su carácter no ejemplificante, más si busca proteger a quienes se

²⁶ “[...] Esta proposición –“la profesión más antigua del mundo”– crea y reproduce la idea de la existencia inexorable de la prostitución, ligada a la propia existencia de las mujeres, como parte de su destino biológico [...]”. NAVARRO SWAIN, TANIA. Del “cliente” al proxeneta, la banalización de la prostitución. En: <http://www.scielo.org.ar/pdf/mora/v15n2/v15n2a02.pdf>. [Acceso 28 de mayo de 2015].

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-629 de 13 de agosto de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

ganan la vida y cumplen con su derecho - deber al trabajo a través de la prostitución ejercida no de modo independiente sino al servicio de un establecimiento de comercio dedicado a ello. La reglamentación reconoce entonces la prostitución como un “hecho inevitable” por lo que debe optarse por un “sistema de control de la actividad”²⁸.

Para la Alta Corporación es un imperativo constitucional reconocer un mínimo de garantías a las personas que ejercen la prostitución, esto es, permitirles ser vinculadas al sistema universal de seguridad social, a que puedan percibir prestaciones sociales, así como el ahorro para la jubilación y las cesantías, prerrogativas que deben realizarse no solo desde una perspectiva liberal e individual, sino también en lo económico y social.

No obstante, se ha presentado también un planteamiento que rompe con el paradigma de considerar la prostitución como un trabajo y, más bien, encuentra en ella una de las tantas formas de violencia contra la mujer, fundamentada en la visión patriarcal de la sociedad. Ello se expresa de la siguiente manera:

[...] La materialidad de las relaciones sociales exige un posicionamiento político, y el análisis crítico es uno de los vectores que puede rasgar las tramas de los discursos y de sus prácticas. De hecho, de lo que menos se habla, lo que menos se señala, es el papel de esta inmensa demanda de cuerpos femeninos. No existirían proxenetas ni mujeres prostituidas si no fuera por “el cliente”, esta figura “misteriosa”, protegida, mimada, embalada, aquel que hace funcionar los engranajes, los consumidores de niñas, de mujeres, en ese gran festín de carne humana. Ninguno en especial es un asesino, un monstruo desnaturalizado; es el caballero que atraviesa la calle, el colega de trabajo, el marido, el hermano, el anciano, el joven adolescente, el obrero, el diputado. Es la clase de los varones, en su conjunto, la que continúa usufructuando de lo femenino transformado en cuerpo. De hecho, es la criminalización, la exposición pública del “cliente”, lo que reduciría, tal vez, la demanda y el tráfico. Sin embargo, el oprobio social que envuelve a la pedofilia cesa cuando esos niños alcanzan la mayoría (de edad). Al final, ¿a quién sirve la expansión y la legalización de la prostitución, sino a quienes exaltan lo masculino centrado en el falo, al orden jerárquico de lo humano, al patriarcado que no cesa de reproducirse?²⁹.

Desde esta óptica, al efectuar una revisión sobre los Tratados de Derechos Humanos tanto del sistema universal como interamericano que integran el bloque de constitucionalidad, aparece que en el marco de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (aprobado en Colombia mediante la Ley 51 de 1981), en su artículo 6°, se determinó que: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer*”.

Ahora bien, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1992, a través de la Recomendación General número 19 del 29 de enero de 1992 para la implementación de la CEDAW, precisó que la discriminación contra la mujer “*incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la*

violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad”³⁰. Y en ese orden, puntualizó que la violencia contra la mujer “*menoscaba o anula el goce por la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de convenios específicos de derechos humanos, constituye discriminación, tal como se entiende en el artículo 1° de la Convención*”³¹.

Respecto al artículo 6° antes mencionado, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos frente a la trata de personas y la prostitución estableció que: “*estas prácticas son incompatibles con la igualdad de derechos y con el respeto a los derechos y la dignidad de las mujeres y ponen a estas en situaciones especiales de riesgo de sufrir violencia y malos tratos*”³² y precisó que “*Las prostitutas son especialmente vulnerables a la violencia, debido a su condición ilícita, que las marginaliza. Necesitan la protección de la ley contra la violación y la violencia de la misma manera que otras mujeres*”³³.

Así las cosas, se encuentra que la disposición de la CEDAW aborda dos formas de violencia contra la mujer, a saber, **i)** la trata de personas, y **ii)** la explotación de la prostitución de la mujer, que si bien, pueden estar íntimamente relacionadas, la ejecución de una forma de violencia puede no llevar a la explotación, como es el caso de la trata de personas o que las mujeres que sean explotadas en la prostitución no necesariamente hayan sido comercializadas en una cadena de abastecimiento para satisfacer la demanda.

De igual manera, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños³⁴, estipula, en el artículo 9°, las acciones que deben adelantar los Estados para la prevención de este delito, consagrando de este modo que se deben adoptar medidas legislativas o de otra índole, como lo pueden ser las educativas, sociales y culturales a fin de desalentar el consumo que propicia cualquier tipo de explotación conducente a la trata de personas especialmente en mujeres, niñas y niños.

Uno de los grandes debates que se originan al momento de controvertir esta posición, se sustenta en la autonomía y por tanto en la libre autodeterminación que tienen las personas al instante de optar por la prostitución como una forma de trabajo o empleo, en cuanto se abre un espacio en el que entran en tensión el principio de la dignidad humana y el derecho a la autonomía.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en varias de sus Sentencias (T-881 de 2002 y C-355 de 2006) ha realizado el análisis de tres líneas jurisprudenciales, bajo los presupuestos de dignidad humana y autonomía, por lo que es pertinente evocar:

[...] Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte tres lineamientos claros y diferenciados: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como

²⁸ Cfr. <http://www.rebellion.org/docs/32973.pdf>. [Acceso 28 de mayo de 2015].

²⁹ NAVARRO SWAIN, TANIA. Del “cliente” al proxeneta, la banalización de la prostitución. En: <http://www.scielo.org.ar/pdf/mora/v15n2/v15n2a02.pdf>. [Acceso 28 de mayo de 2015].

³⁰ Cfr. <http://freeofviolence.org/campaign-spanish/rec19.htm>. [Acceso 28 de mayo de 2015].

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ Cfr. http://www2.ohchr.org/spanish/law/pdf/protocol-traffic_sp.pdf. [Acceso 28 de mayo de 2015].

posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) [...]³⁵.

En este sentido, de acuerdo con la Alta Corporación, la dignidad humana está en consonancia con la autonomía, como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)³⁶. De tal suerte que, cada ser humano es digno, si le es respetada su autonomía personal por el Estado y los particulares. Es decir, que las autoridades estatales ni los particulares pueden imponer limitantes o restricciones a la autonomía de las personas, hacerla implicaría desconocer su dignidad humana. Cada persona por lo tanto es libre de autodeterminarse y de elaborar un plan de vida concreto, de acuerdo con sus metas y ambiciones y en el entorno social que se desarrolla.

Bajo el entendido de la dignidad humana como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien)³⁷. Esta está relacionada con las condiciones de vida de las personas, esto es, la posibilidad de contar con oportunidades que les permitan gozar de bienes y servicios y así poder hacer parte de la sociedad desempeñando un papel activo.

Respecto a la dignidad humana comprendida como intangibilidad de los bienes o derechos no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)³⁸, la argumentación se estructura en que todo ser humano debe ser respetado en su integridad física e integridad moral, toda vez que una persona es digna cuando no es sometida a humillaciones. Se habla por lo tanto de derechos no patrimoniales, que por su carácter intangible, no pueden ser modificados ni sometidos a otros derechos. En este contexto el Estado y los particulares están facultados para intervenir en la conservación de la dignidad humana, con el propósito de no permitir que las personas sean sometidas a condiciones de humillación y para promover políticas de inclusión social y corregir los efectos de las situaciones que la han vulnerado.

De esta forma, al realizar un análisis en el derecho comparado, existen en el mundo las experiencias que aborda la prostitución de lo que se ha denominado el nuevo abolicionismo europeo, concretamente en Suecia, Noruega e Islandia³⁹. Ha sido una tendencia en la que se retoma la prostitución como una conducta vio-

lenta contra la mujer y, por ende, se considera que no puede contar con una regulación que la permita a través de figuras como el contrato de trabajo. Se diferencia del modelo prohibicionista pues en este a quien se censura y castiga es tanto al que ejerce la prostitución como al que paga por ella y al proxeneta⁴⁰, al paso que en el modelo abolicionista el foco está en quien compra los servicios sexuales.

El caso sueco es, sin duda, pionero pues, luego de un amplio debate y estudio, a partir del 1° de enero de 1999 se adoptó la ley prohibitiva de la compra de servicios sexuales. Es así que, por su importancia a nivel normativo, no está de más traer a colación dicho proceso:

[...] Esta ley reconoce que son los hombres quienes compran mujeres (u hombres) con fines sexuales por lo que son ellos los que deben ser penalizados y no las mujeres. La ley es neutral en cuanto al género y es una parte fundamental de la estrategia global sueca para combatir la prostitución y la trata de personas con fines de explotación sexual.

La iniciativa de penalizar a los compradores de prostitución tuvo su origen en los movimientos de mujeres. Las feministas analizaron la posición de las mujeres en la sociedad y el hecho de que los hombres, mediante el ejercicio de la violencia contra las mujeres, hacen que la posición de subordinación de estas se perpetúe, este análisis incluye a los hombres que utilizan a mujeres o niñas para la prostitución. Ellas, de acuerdo con otras feministas del mundo, concluyeron que la prostitución era otra herramienta de opresión con efectos nocivos para las mujeres y las niñas inducidas a la prostitución, así como una forma extrema de violencia de los hombres utilizada para controlar a las mujeres como una clase social [...]

[...] La ley era parte de un Decreto contra la Violencia contra las Mujeres (Kvinnofrid), promulgado el 1° de julio de 1998. El decreto fue el resultado de dos comisiones de investigación: la Comisión de Prostitución (1995) y la Comisión de Violencia contra las Mujeres (1995), que contemplaban varias enmiendas a leyes relacionadas con la violencia de los hombres contra las mujeres, incluida una ley de acoso sexual. Además se creó un nuevo delito, el de la violación grave de la dignidad de la mujer o la violación grave de la dignidad de la persona haciendo efectivo el castigo de los diferentes casos de la violencia de los hombres contra las mujeres en el marco de una relación íntima (Ministerio de Trabajo, 1998). La Junta Nacional de Salud y Bienestar, de acuerdo con el decreto, tenía como tarea reunir información y examinar la extensión y el desarrollo de la prostitución en Suecia, así como apoyar a las autoridades locales en el desarrollo y la creación de medidas contra la prostitución [...]

Características

— La ley se centra exclusivamente en los compradores de personas prostituidas.

— A las personas explotadas en la prostitución, es decir, las víctimas de la violencia de los hombres, no se les imputa ninguna acción criminal, ni sufren ningún tipo de repercusión legal o administrativa.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-881 de 17 de octubre de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁶ Integran esta línea jurisprudencial las Sentencias T-532 de 1992, T-542 de 1992, C-221 de 1994, T-477 de 1995, C-239 de 1997, T-461 de 1998, T-133 de 2006, T-940 de 2012.

³⁷ Línea jurisprudencial desarrollada por las Sentencias T-596 de 1992, T-124 de 1993, C-239 de 1997, T-296 de 1998, C-521 de 1998, T-556 de 1998, T-565 de 1999, C-012 de 2001, T-133 de 2006, T-328 A de 2012, T-940 de 2012.

³⁸ Línea jurisprudencial desarrollada por las Sentencias T-401 de 1992, T-402 de 1992, T-123 de 1994, T-036 de 1995, T-645 de 1996, T-572 de 1999, T-879 de 2001, T-133 de 2006, C-804 de 2006, T-322 de 2007, C-288 de 2009, T-940 de 2012.

³⁹ Cfr: http://www.observatorioviolencia.org/bbpb-proyecto.php?id_proyecto=58. [Acceso 2 de junio de 2015] y <http://172.16.1.80:9091/servletcom.trend.iwss.user.servlet.sendFile?downloadfile=IRES-1787726364-E5CF7020-25286-25155-287>. [Acceso 2 de junio de 2015].

⁴⁰ Cfr: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. La regulación de la prostitución en la legislación comparada. En: http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf/estudios/nro325.pdf. [Acceso 2 de junio de 2015].

– El Gobierno, garantiza dinero y asistencia a las mujeres que son víctimas de la violencia de los hombres, lo que incluye a las mujeres prostituidas. De esta manera, el Estado es responsable de asistir a mujeres para que abandonen situaciones de violencia como la prostitución y de proveerlas de casas de acogida, asesoramiento, educación y formación profesional. Son los diferentes ayuntamientos de las distintas ciudades suecas los que tienen en realidad la responsabilidad de proveer de servicios a las víctimas de prostitución y a las personas traficadas, de acuerdo con la ley.

Resultados

En 1999, se calculaba que unos 125.000 hombres suecos compraban alrededor de 2.500 mujeres prostituidas, una o más veces al año. De todas estas mujeres, aproximadamente 650 ejercían la prostitución en la calle. Desde 1999 hasta ahora, el número de personas que ejercen la prostitución en la calle ha disminuido entre un 30 y un 50 por ciento, mientras que el reclutamiento de nuevas mujeres, prácticamente, se ha detenido. Se estima que desde que la ley entró en vigor el número de mujeres prostituidas ha disminuido de 2.500 en 1999, a menos de 1.500 en 2002⁴¹.

Con todo, hay que tener presente que en la actualidad países como Bélgica, Francia⁴², Italia y Luxemburgo buscan implementar mediante ley el modelo sueco.

En estas condiciones, la prostitución, en sí misma, es una vulneración a los derechos humanos de las mujeres, constituye una forma de explotación, así como un problema de salud pública y de inequidad, dadas las relaciones de dominación y abuso en el que el cuerpo de las mujeres es usado como objeto de intercambio mercantilista de la sexualidad, además de ser estigmatizadas y sometidas a diferentes formas de violencia. Esta tesis, sin embargo, cuenta también con detractores. Dentro de los argumentos que se han esgrimido en contra de esta tendencia está que esta regulación *“favorece el ejercicio clandestino de todas las formas de prostitución, aumenta las ganancias de los explotadores y agrava los riesgos para la salud de las personas que ejercen la prostitución”*⁴³.

En atención a los argumentos anteriormente expuestos, en los que se presentaron dos de los puntos de vista existentes, basados en la prostitución como trabajo o como forma de violencia de género, y dos de los modos de regulación de este fenómeno (reglamentarismo o abolicionismo), se procede a realizar los comentarios o sugerencias al proyecto de ley, no sin antes poner en conocimiento que la legislación que se llegue a desarrollar en el país debe tener en cuenta la garantía de los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo esta actividad, sin que se les criminalice, discrimine ni estigmatice, y en la que se desplieguen políticas encaminadas a proporcionar a niños, niñas, adolescentes y jóvenes oportunidades que les permitan optar por un trabajo u oficio de forma autónoma y digna. De igual manera, el proyecto de ley que finalmente sea aprobado debe fijar claramente los parámetros para evitar que conductas punibles terminen siendo despenalizadas y que como efecto futuro el Estado colombiano termine estimulando la prostitución como una única opción de vida.

Acorde con lo enunciado, frente a las normas proyectadas se advierte:

– En relación con la propuesta y la protección al menor, surge un interrogante sobre los casos de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, puesto que al cumplir la mayoría de edad pasarían de ser víctimas de un delito a adquirir el estatus de empleado. Este punto debe ser abordado en el cuerpo del proyecto teniendo en cuenta la transición adolescente-joven-adulto.

– En lo concerniente a los propietarios de establecimientos de comercio donde se presten servicios sexuales conexos, se debe revisar en su conjunto el texto del proyecto, dado que en su redacción están contenidas disposiciones que de alguna manera pueden llegar a invisibilizar la comisión de una conducta punible.

12. Adicionalmente, en relación con la protección a las mujeres, y en concreto exigir prueba de embarazo (artículo 43, num. 4), es claro que ello constituye una práctica discriminatoria y reprochable que atenta contra principios fundamentales de nuestro Estado y así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

[...] Se trata de la práctica de ciertas empresas, de exigir a sus trabajadoras pruebas de embarazo como condición para el ingreso o para la estabilidad en el empleo. Dicha conducta ha sido catalogada por la Corte Constitucional como reprochable y esta Corporación ha señalado que implica una grave vulneración de los derechos a la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y el trabajo de las empleadas.

Al respecto ha señalado lo siguiente:

“[...] toda mujer tiene derecho a la maternidad y es libre de definir, en los términos del artículo 42 de la Carta Política, junto con su pareja, el número de hijos y el momento en el cual quedará en estado de gravidez, independientemente de si se encuentra o no vinculada laboralmente.

“Ninguno de los dos derechos enunciados puede ser sacrificado, por la voluntad unilateral del patrono, en términos tales que se vea la mujer expuesta a una forzosa escogencia entre sus oportunidades de trabajo y su natural expectativa respecto de la maternidad.

“En ese orden de ideas, todo acto del patrono orientado a “sancionar” o a impedir el embarazo de la empleada, o a investigar si él existe para que de allí dependa el acceso, la permanencia, o la promoción de la mujer en el trabajo, se revela como ilegítimo e inconstitucional y, en los términos dichos, puede ser objeto de acción de tutela.

“Así, la exigencia de “pruebas de embarazo” por parte de una empresa, con el propósito de condicionar el ingreso o la estabilidad de la trabajadora en la nómina de la misma, es una conducta reprochable que implica vulneración del derecho a la intimidad de la empleada y de su familia y que lesiona también el libre desarrollo de su personalidad, afectando por contera el derecho al trabajo”.

Independientemente de las discusiones legales que pueda propiciar la supuesta manipulación de los resultados de la prueba de embarazo presentada por la accionante a su empleador, desde una perspectiva constitucional, **resulta de tajo inaceptable la solicitud de este tipo de exámenes como requisito para ingresar a un empleo, dado que vulnera de manera grave los derechos a la intimidad, el libre desarrollo de la perso-**

⁴¹ Cfr. http://www.observatorioviolencia.org/bbpp-proyecto.php?id_proyecto=58. [Acceso 2 de junio de 2015].

⁴² Cfr. <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion4057.asp>. [Acceso 2 de junio de 2015].

⁴³ Cfr. <http://www.rebelion.org/docs/32973.pdf>. [Acceso 28 de mayo de 2015].

nalidad y el trabajo de las empleadas [...]⁴⁴. [Énfasis fuera del texto].

Por ello, ese comportamiento debe ser sancionado ejemplarmente como una conducta discriminatoria contra la mujer y que afecta sensiblemente su dignidad.

13. Consideración especial merece la posibilidad de que las empresas de seguridad y vigilancia privada, cuenten con la atribución de “designar de manera específica a los encargados de trasladar” a personas (artículos 56 y 60), lo que puede dar lugar a abusos por parte de particulares, sin perjuicio del deber de denuncia y de información a la autoridad correspondiente para que actúe. La aprehensión y conducción a la autoridad por particulares es una alternativa que se ha incorporado a nuestro ordenamiento procesal penal (302 C. P. P.) siempre y cuando la misma sea en flagrancia y corresponda actividades delictivas, aspecto que está previsto en el artículo 32 de la Constitución Política.

Esta excepción, contenida en el ordenamiento constitucional, no involucra actuaciones que no son delito y, por ende, los particulares no estarían investidos de una capacidad amplia como se lee en las normas revisadas pues, sin duda, sería atentatoria del principio de libertad. Para la Corte Constitucional:

[...] En conclusión, se puede afirmar que las autoridades administrativas no tienen competencia, según la Constitución, para privar a las personas de su libertad, con excepción de la captura en flagrancia determinada en el artículo 32 Constitucional.

En efecto, las garantías materiales que protegen a la libertad de la persona son superiores a las consideraciones de eficacia de la administración. Es menester tener presente que el artículo 28 constitucional tenía un segundo inciso que establecía “Excepcionalmente, las autoridades administrativas que señale la ley y en los casos que esta consagre, podrán disponer la detención preventiva de una persona con el fin de colaborar con las autoridades judiciales, o el arresto como medida de policía para prevenir o sancionar las infracciones en ella contempladas”, este no fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente y finalmente no hizo parte del artículo 28 de la Constitución⁴⁵.

Siendo clara la voluntad del Constituyente, en cuanto a la imposibilidad de que autoridades administrativas restringieran la libertad sin orden judicial, dicha voluntad ha sido reiterada por la Corte Constitucional a través de varias jurisprudencias, entre las que se destaca la Sentencia C-199 de 1998 que declaró inconstitucional la facultad de la policía para privar de la libertad a las personas que irrespetaran, amenazaran o provocaran a funcionarios uniformados de la Policía, al respecto se afirmó:

“La norma demandada atribuye a una autoridad administrativa la función de ordenar la privación de la libertad, sin previo mandamiento judicial, en aquellos casos en que se irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la Policía, en desarrollo de sus funciones, lo cual resulta atentatorio de la libertad personal y del mandato constitucional que prohíbe la detención sin orden judicial. Por dicha razón, dicha norma será declarada inexecutable. Lo anterior, no obsta para que el servidor público uniformado

de la policía, sujeto de la agresión pueda acudir ante la autoridad competente para que se investigue la conducta del infractor, por el irrespeto, amenaza o provocación de que ha sido víctima”.

Posición reiterada a través de la Sentencia C-189 de 1999, donde se declaró inconstitucional la facultad de la policía para arrestar a los conductores por violación a las normas de tránsito, se dijo en aquella ocasión:

“Las normas demandadas desconocen el articulado de la Carta Política, y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el alcance del artículo 28 Superior; pues a través de ellas se faculta a las autoridades de Policía para imponer una sanción privativa de la libertad con desconocimiento de las exigencias mínimas establecidas en la Constitución: orden escrita de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por los motivos señalados en la ley”.

Así las cosas, de lo expuesto se puede afirmar que las autoridades administrativas no están habilitadas Constitucionalmente para privar de la libertad, a menos que medie una decisión judicial o en ausencia de esta lo hagan bajo los parámetros establecidos en el artículo 32 de la Constitución Política⁴⁶. [Énfasis fuera del texto].

Si esto es así frente a la autoridad administrativa, qué decir de su aplicación a los particulares.

14. En relación con los espectáculos taurinos, además de lo indicado en el artículo 69, debe tenerse en cuenta lo previsto en la Sentencia C-666 de 2010, decisión que condicionó tales espectáculos a lo siguiente:

Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 7° de la Ley 84 de 1989, “por la cual se adopta el estatuto nacional de protección de los animales y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia”, en el entendido:

1. Que la excepción allí planteada permite, hasta determinación legislativa en contrario, si ello llegare a ocurrir, la práctica de las actividades de entretenimiento y de expresión cultural con animales allí contenidas, siempre y cuando se entienda que estos deben, en todo caso, recibir protección especial contra el sufrimiento y el dolor durante el transcurso de esas actividades. En particular, la excepción del artículo 7° de la Ley 84 de 1989 permite la continuación de expresiones humanas culturales y de entretenimiento con animales, siempre y cuando se eliminen o morigeren en el futuro las conductas especialmente crueles contra ellos en un proceso de adecuación entre expresiones culturales y deberes de protección a la fauna. 2. Que únicamente podrán desarrollarse en aquellos municipios o distritos en los que las mismas sean manifestación de una tradición regular, periódica e ininterrumpida y que por tanto su realización responda a cierta periodicidad. 3. Que solo podrán desarrollarse en aquellas ocasiones en las que usualmente se han realizado en los respectivos municipios o distritos en que estén autorizadas. 4. Que sean estas las únicas actividades que pueden ser excepcionadas del cumplimiento del deber constitucional de protección a los animales, y 5. Que las autoridades municipales en ningún caso podrán destinar dinero público a la construcción de instalaciones para la realización exclusiva de estas actividades⁴⁷.

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-071 de 1° de febrero de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁵ Cfr: Gaceta Constitucional número 83, página 3; número 82, página 14; número 113, página 3; número 127, página 3.

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-237 de 15 de marzo de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-666 de 30 de agosto de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Este comentario es extensivo al artículo 117 del proyecto de ley, referente a los *comportamientos que afectan a los animales en general*.

15. En cuanto a los comportamientos que afectan la actividad económica no pueden perderse de vista las medidas relacionadas con el control del consumo de tabaco (Ley 1335 de 2009) y otras disposiciones tendientes a proteger a las personas, por lo que sería del caso incorporar una cláusula que aclare que no se subrogan, modifican o derogan estas normas. En concreto, es preciso tener presente la prohibición de consumo de tabaco en ciertos espacios que se han denominado espacios libres de humo y que ha sido una notable ganancia en el respeto de derechos. La norma prohibitiva supone que se puede condicionar el área para fumar (generando tal vez espacios para fumadores).

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), la actividad de fumar en recinto cerrado es perjudicial en la medida en que las sustancias nocivas del humo del tabaco se mantienen en este sin importar sus dimensiones. Es por ello que en la Resolución número 1956 de 2008, expedida por este Ministerio, se define el espacio interior o cerrado, al tiempo que se prohíbe fumar en el mismo, siempre que esté destinado a ser lugar de trabajo o público, tal y como son definidos en la citada resolución.

En efecto, las directrices sobre la protección contra la exposición al humo de tabaco, elaboradas por el grupo de trabajo convocado con arreglo a la Decisión FCTC/COP1 de la Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, establece como principios los que a continuación se describen:

- La aplicación de las medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco, previstas en el artículo 8° del Convenio Marco de la OMS, comporta la abstención total del acto de fumar y la eliminación total del humo de tabaco en un espacio o ambiente determinado, a fin de lograr un entorno absolutamente libre de humo de tabaco.

- **No existe un nivel inocuo de exposición al humo de tabaco.**

- Se ha demostrado en repetidas ocasiones la ineficacia de las soluciones que se apartan del objetivo de lograr entornos completamente libres de tabaco, entre ellas, la ventilación, la filtración de aire y el uso de zonas destinadas a los fumadores (tanto con sistemas de ventilación independientes como sin ellos), y existen datos científicos y de otra índole que demuestran de forma concluyente que los métodos basados en soluciones técnicas no protegen contra la exposición al humo de tabaco.

- Todas las personas deben estar protegidas contra la exposición al humo de tabaco.

- **Todos los lugares de trabajo interiores y lugares públicos cerrados deben estar libres de tabaco.** De esta manera, se preserva el derecho de las personas al trabajo en un ambiente que no ofrezca peligro para su salud.

- **Se necesita una legislación que proteja a las personas contra la exposición al humo de tabaco. Se ha demostrado en repetidas ocasiones que la adopción voluntaria de políticas encaminadas al logro de entornos sin tabaco es ineficaz y no ofrece una protección adecuada. Para ser eficaz, la legislación debe ser simple, clara y de obligado cumplimiento.**

Desde esta perspectiva, la medida sanitaria de protección no puede consentir a medias, ciertas situaciones

con la conciencia y el conocimiento de que afectan la salud, puesto que sería tanto como admitir que la población esté sometida a un riesgo prevenible y que el Estado no reaccione de una manera coherente, ni consistente.

Adicionalmente, las normas de protección deben ser mucho más rigurosas cuando se está exponiendo al humo del tabaco a menores de edad y se fuma en lugares como escuelas o colegios, o en determinadas entidades, como lo son las dedicadas a la salud o en las que existe algún peligro de seguridad. En estos casos, no se debe permitir fumar, inclusive en espacios al aire libre. En relación con lo anterior, es de indicar que el artículo 20, numeral 3, de la Ley 1098 de 2006, “*por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*”, dispone que los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos contra: “*El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización*”.

En general y en punto a las normas de control del consumo del tabaco, un escenario regresivo sería el de desproteger a los ciudadanos al admitir ciertas áreas o entidades en donde es admisible fumar o restringir la protección desarrollada en la Ley 1335. La estirpe constitucional del principio es insoslayable y encuentra apoyo en normas internacionales de derechos humanos que, como ya se indicó, se integran al bloque de constitucionalidad (artículo 93 C. P.). La desprotección sería, por lo tanto **INCONSTITUCIONAL**, en consonancia con lo estipulado por la Corte Constitucional, pues no existiría causa que lo avale o justifique.

Sobre este crucial aspecto, en una decisión de relevancia que contiene la doctrina sobre la materia y que, por su interés se cita *in extenso*, la Corte Constitucional resaltó:

[...] En suma, del **principio de progresividad** (la obligación de moverse lo más rápidamente posible hacia la meta) se deriva la **prohibición de regresividad** (las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente). **Así, el Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos**⁴⁸. Como se verá, uno de tales avances es la inversión de recursos para la satisfacción del derecho, especialmente si existe una deficiente prestación del mismo por insuficiente cobertura, baja calidad o adaptabilidad.

La prohibición de regresividad ha sido explicada en múltiples decisiones de esta Corte. En algunas de ellas la Corte se ha referido a la prohibición de regresividad por la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social⁴⁹ o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que está en proceso de acceder al derecho⁵⁰. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad

⁴⁸ Cfr. Sentencia C-038 de 2004.

⁴⁹ Sentencia C-1165 de 2000.

⁵⁰ Cfr. Sentencia T-1318 de 2005.

y la prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población⁵¹.

Como lo ha señalado la Corte, cuando una norma retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social, inmediatamente debe presumirse inconstitucional. Sin embargo, esta presunción admite, prueba en contrario. En este sentido la Corte ha señalado que la prohibición de regresividad es apenas una prohibición *prima facie* y no absoluta⁵². Lo anterior significa que cuando el Estado ha obtenido un mayor nivel de satisfacción de derechos sociales, la decisión política de disminuir el alcance de la protección debe contar con una justificación suficiente para superar la prohibición de regresividad. Al respecto la Corte ha señalado:

“(U)na vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”⁵³.

Como ya lo ha explicado esta Corte, cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece⁵⁴.

En todo caso, la Corte ha considerado que el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad. A este respecto la Corte ha señalado: “si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición *prima facie* se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional”⁵⁵.

Una medida se entiende regresiva, al menos, en los siguientes eventos: (1) cuando recorta o limita el ámbi-

to sustantivo de protección del respectivo derecho⁵⁶; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho⁵⁷; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. En este último caso la medida será regresiva siempre que la disminución en la inversión de recursos se produzca antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación (por ejemplo, cuando se han satisfecho las necesidades en materia de accesibilidad, calidad y adaptabilidad)⁵⁸. Frente a esta última hipótesis, es relevante recordar que tanto la Corte Constitucional como el Comité DESC han considerado de manera expresa, que la reducción o desviación efectiva de recursos destinados a la satisfacción de un derecho social cuando no se han satisfecho los estándares exigidos, vulnera, al menos en principio, la prohibición de regresividad [...]”⁵⁹.⁶⁰

En estas condiciones, para este Ministerio no existen datos suficientes y pertinentes, para comprobar que un recorte a lo alcanzado en la regulación contenida en las Leyes 9ª de 1979 y 1109 de 2006 y la Resolución número 1956, a saber, la posibilidad de que el legislador permita fumar en espacios cerrados, esté revestido de las exigencias para un tratamiento regresivo, vale decir:

a) Que sea una medida que busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa (no se sabe cuál sería tal finalidad, tentativamente la libre empresa);

b) Que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida. No sólo no existe tal finalidad, sino que no hay estudios juiciosos que soporten la admisión de fumar en espacios cerrados y su inocuidad, ni alternativas en tales casos;

c) Que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto. Como lo sostiene la OMS, los espacios o zonas de fumadores no solucionan el problema de la nocividad del tabaco, como tampoco los aparatos aspiradores de humo, tal y como ocurre con la admisión de la publicidad. Es más, los trabajadores que laboran en áreas en las que se permitiría fumar, se verían seriamente perjudicados;

d) Que no afecta el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido. La protección a la salud, en todas sus facetas, implica la garantía de un ambiente sano, aspecto que no sólo no sería disponible, sino que, además, resulta esencial. Cabe señalar que la aceptación de la comunidad se manifiesta en cómo se ha recuperado un espacio que estaba perdido;

e) Que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece. Los estudios en turno a las patologías y de carga de enfermedad que produce el humo del tabaco, demuestran claramente que el Sistema

⁵¹ Así por ejemplo, en la Sentencia T-025 de 2004, sobre los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado por la violencia, la Corte indicó que los derechos sociales, económicos y culturales consagrados en la Constitución imponían al Estado, el “deber de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos”.

⁵² En este sentido *cfr.* Sentencias C-671 de 2002, C-789 de 2002, C-931 de 2004, T-1318 de 2005, entre otras.

⁵³ Sentencia C-671 de 2002.

⁵⁴ *Cfr.* Sentencias C-1. 064 de 2001 C-671 de 2002, C-931 de 2004.

⁵⁵ Sentencia C-991 de 2004. En el mismo sentido T-025 de 2004.

⁵⁶ *Cfr.*, entre otras, C-038 de 2004.

⁵⁷ En este sentido *cfr.* la Sentencia C-789 de 2002, a través de la cual la Corte aplicó la prohibición de regresividad a una ley que aumentaba los requisitos para acceder a la pensión.

⁵⁸ En este sentido, el Comité DESC ha indicado que la reducción o desviación efectiva, de los recursos destinados a la satisfacción de un derecho social será, en principio, una medida regresiva ver, por ejemplo, Observaciones Finales Ucrania E/2002/22 párrafo 498. Sobre el mismo tema respecto del derecho a la educación *Cfr.* párrafos 500 y 513.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-501 d 21 de mayo de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

General de Seguridad Social en Salud, invierte una cantidad astronómica en el tratamiento y recuperación de pacientes que padecen enfermedades asociadas al humo del tabaco. A esto deben sumarse las pérdidas por incapacidad laboral y la disminución de la productividad, así como los dolores aflictivos para los familiares que ven como la persona languidece en una lenta y sufrida agonía. Los ingresos que se derivan del consumo del tabaco no compensan este dantesco panorama.

Sin lugar a dudas, si no existe una finalidad constitucional no es del caso realizar análisis ulteriores, por lo que admitir espacios para fumadores en recintos cerrados, resultaría contrario al ordenamiento.

Adicionalmente, el consumo de tabaco se encuentra dentro de las conductas contrarias al cuidado integral del espacio público y por ende se desprende de la Ley 1335 de 2009.

16. En lo que tiene que ver con el Título IX, la Constitución incorpora el término **ambiental**, desde la concepción de la salud y asociada a ella (artículo 49, modo A.L. 02 de 2009). Por su parte, el artículo 79 establece el derecho a un **ambiente sano** y, en concordancia con esa declaración, defiende al legislador la garantía en que la comunidad participa (artículo 1º, constitucional), en las decisiones que puedan afectarla, disminuyendo la protección de esa garantía. Dicha norma contempla, adicionalmente, tres deberes de protección, a saber, la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de áreas de especial importancia “ecológica” y el fomento de la educación. Bajo este entendido, el artículo 80 prescribe tres deberes concretos para el Estado:

– El deber de planificación del manejo y aprovechamiento de los “**recursos naturales**” con las finalidades de garantizar el desarrollo sostenible, conservar, restaurar y restituir. En la planeación y la formulación del Plan Nacional de Desarrollo (artículo 339), se resalta que debe contener orientaciones generales de la política ambiental, en el cual participa el Consejo Nacional de Planeación y en el que deben estar representados los sectores “ecológicos” (artículo 340).

– El deber de prevención y control del **deterioro ambiental**, de imposición de sanciones y de exigir reparación de daños (principio de responsabilidad). En este plano, la labor de la autoridad administrativa es trascendental, pues es esta precisamente la que puede dimensionar estos aspectos, mediante las facultades preventivas (límites o prohibiciones de acceso al ambiente) o sancionatorias.

– El deber de cooperación con naciones fronterizas (en concordancia con los artículos 226 y 289).

En su pequeña dimensión, el ciudadano también es llamado a la protección de los recursos naturales y la conservación del **ambiente** (artículos 95-8), incluso apelando a la dimensión del *Homo consumens*.

En relación con las conductas contenidas en el artículo 98 del proyecto, se estima que la medida correccional prevista para el comportamiento contemplado en el numeral 5, no está provista de proporcionalidad, por lo menos cuando se trata de tanques de agua para el hogar o de uso doméstico.

17. En los artículos 110 y 111 se regula lo concerniente a la *salud pública*. De acuerdo con lo previsto en el Decreto número 2078 de 2012, y como ya se indicó en su momento, el Invima también es competente como autoridad sanitaria, por lo que se propone mantener el siguiente texto:

Artículo 110. Alcance. El presente capítulo tiene por objeto la regulación de comportamientos que pue-

dan poner en peligro la salud pública por el consumo de alimentos. Las Secretarías de Salud de las entidades territoriales y el **Instituto Nacional de Vigilancia de Alimentos y Medicamentos (Invima)** serán las encargadas de ejercer las facultades de conformidad con sus competencias de inspección, vigilancia y control.

Ese ajuste en la norma resulta adecuado, como también lo es el que las medidas correctivas estén a cargo de las autoridades de policía correspondientes (artículo 111). Esto para dar claridad acerca de que los decomisos y demás acciones correctivas son ejercidas por la autoridad de policía.

18. En lo concerniente a las tarifas que se prevén en el artículo 133 (tasa de registro de caninos peligrosos), para la inscripción de perros potencialmente peligrosos, no existe un sistema y un método en los términos exigidos en el artículo 338 constitucional, aspecto que está suficientemente decantado por la Corte Constitucional⁶¹.

19. Finalmente, se observan problemas en la numeración en varias de sus normas, en especial, la que corresponde a los numerales de buena cantidad de los artículos.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo al proyecto de ley de la referencia. Se advierte que existen ciertos aspectos que son inconvenientes y que pueden comportar problemas de constitucionalidad.

Atentamente,


ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social

⁶¹ Cfr., *inter alia*, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-809 de 3 de octubre de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CONTENIDO

Gaceta número 588 - Lunes, 10 de agosto de 2015

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

Págs.

Informe de ponencia para segundo debate, pliego de modificaciones y texto propuesto al Proyecto de ley número 33 de 2014 Senado, por la cual se fija la cotización en salud de los pensionados con menos de seis (6) salarios mínimos legales mensuales	1
CONCEPTOS JURÍDICOS	
Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Proyecto de ley número 94 de 2014 Senado, por la cual se regula el ejercicio de cabildío y se crea el Registro Único Público de Cabilderos	3
Concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto de ley número 99 de 2014 Senado, por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia; acumulado con el Proyecto de ley número 145 de 2015 Senado, por medio de la cual se modifica el Decreto número 522 de 1971, Código Nacional de Policía, se crea la Contravención Especial de Acto Sexual Abusivo en Transporte Público y se dictan otras disposiciones	4