



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XVIII - Nº 1.316

Bogotá, D. C., jueves 17 de diciembre de 2009

EDICION DE 20 PAGINAS

DIRECTORES:

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

JESÚS ALFONSO RODRIGUEZ CAMARGO  
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA  
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

## CAMARA DE REPRESENTANTES

### PONENCIAS

#### PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 359 DE 2009 SENADO, 090 DE 2008 CAMARA

*por medio de la cual se adoptan medidas para la inclusión social de jóvenes con alto grado de fragilidad social y se crean estímulos tributarios.*

Bogotá, D. C., 15 de diciembre de 2009

Doctor

RAFAEL OYOLA ORDOSGOITIA

Secretario Comisión Tercera Constitucional

Senado de la República

Respetado doctor:

De acuerdo con la designación efectuada por esta comisión, me permito rendir ponencia favorable para primer debate al **Proyecto de ley número 359 de 2009 Senado - 090 de 2008 Cámara**, "*por medio de la cual se adoptan medidas para la inclusión social de jóvenes con alto grado de fragilidad social y se crean estímulos tributarios*".

Atentamente,

*Jairo Mantilla Colmenares,*

Senador Ponente.

#### PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 359 DE 2009 SENADO, 090 DE 2008 CAMARA

*por medio de la cual se adoptan medidas para la inclusión social de jóvenes con alto grado de fragilidad social y se crean estímulos tributarios*

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto adoptar medidas para la Inclusión Social de los Jóvenes con Alto Grado de Fragilidad Social y/o Vinculados a Pandillas, con el fin de fortalecer la acción del Estado.

Artículo 2°. *Planes.* Para la inclusión Social de los Jóvenes con Alto Grado de Fragilidad Social y/o Vinculados a Pandillas: Corresponde a los Consejos de Política Social a nivel Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, ajustar anualmente el presupuesto y los Planes Nacional, Departamentales, Distritales y Municipales para la inclusión social los jóvenes con alto grado de fragilidad social y vinculados a pandillas, como eje de la política estatal en este campo.

Artículo 3°. *Definiciones.* Para efectos de la presente ley, se entiende por:

**Jóvenes vinculados a Pandillas:** Niños, adolescentes y Jóvenes adultos unidos a una pandilla por la vecindad, edad, desocupación, etc.

**Jóvenes en fragilidad social:** Jóvenes que tienen una condición de fragilidad social y la falta de resiliencia o capacidad de recuperación pero aún no se encuentran vinculados a pandillas.

Artículo 4°. *Funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.* Para la Inclusión Social de los Jóvenes con Alto Grado de Fragilidad Social y Vinculados a Pandillas. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como integrador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar procurará concurrir armónica y racionalmente la integración funcional de las entidades públicas y privadas de

acuerdo con su competencia en las siguientes acciones encaminadas a promover la Inclusión Social de los jóvenes con Alto Grado de Fragilidad Social y/o Vinculados a Pandillas:

– Brindar Asistencia Técnica a los consejos de política social para la formulación de los planes nacionales, departamentales, distritales y municipales para la inclusión social de los jóvenes con alto grado de fragilidad social y/o vinculados a pandillas.

– Participar a través de los consejos de política social en la creación y el seguimiento a la política pública para la inclusión social de los jóvenes con alto grado de fragilidad social y/o vinculada a pandillas.

– Promover acciones conjuntas y coordinadas entre los diferentes sectores e instituciones para establecer estrategias de inclusión social de los jóvenes con alto grado de fragilidad social y/o vinculada a pandillas.

– Coordinar acciones con los ministerios, al igual que con las secretarías departamentales, distritales y municipales el acceso a la seguridad social en salud, la recreación y la inclusión al sistema educativo de los jóvenes con alto grado de fragilidad social y/o vinculados a pandillas. Propiciar la generación de empleo y la capacitación en actividades productivas como herramientas de recuperación para la población objetivo.

– Coordinar acciones con el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, para la formación en actividades productivas, propiciando la generación de empleo como herramienta para la inclusión social de los jóvenes con alto grado de fragilidad social y/o vinculada a pandillas.

– Diseñar e implementar estrategias de prevención que permitan disminuir el alto grado de fragilidad social y el fenómeno social del pandillismo.

– Establecer un sistema de vigilancia a las personas relacionadas con el objetivo de la presente ley, como un monitoreo constante de la situación de esta población en todas las instancias gubernamentales y no gubernamentales, con enfoque intersectorial, como una herramienta fundamental para orientar intervenciones específicas de estos grupos poblacionales.

Artículo 5°. *Generación de empleo.* Las entidades y organismos del orden nacional, distrital, departamental y municipal, que tengan a su cargo la realización de planes, programas y actividades relacionadas con el objetivo de la presente ley, podrán suscribir acuerdos, convenios y contratos con personas naturales o jurídicas de derecho privado y

celebrar directamente contratos y convenios interadministrativos con sujeción a la Ley 80 de 1993.

Artículo 6°. *Cuota de compensación militar.* A las personas con alto grado de fragilidad social, esto es que se encuentren en los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén, se les aplicará lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1184 de 2008.

Artículo 7°. *Reglamentos.* El Gobierno Nacional reglamentará lo relativo a las calidades que deben tener las entidades privadas y personas jurídicas o naturales que desarrollen programas y actividades objeto de la presente ley.

Artículo 8°. *Estímulos tributarios.* Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que paguen salarios a las personas a que se refiere el artículo 1° de la presente ley, tendrán derecho a deducir de su renta el 125% (ciento veinticinco por ciento) del valor total de los salarios efectivamente pagados durante el respectivo año gravable, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Artículo 9°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que sean contrarias.

Atentamente,

*Jairo Mantilla Colmenares,*

Senador Ponente.

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL  
PROYECTO DE LEY NUMERO 359 DE 2009  
SENADO, 090 DE 2008 CAMARA

*por medio de la cual se adoptan medidas para la inclusión social de jóvenes con alto grado de fragilidad social y se crean estímulos tributarios.*

**1. INICIATIVA DEL PROYECTO**

El Proyecto de ley número 090 de 2008 es una iniciativa de origen parlamentario presentada por el honorable Representante a la Cámara Angel Custodio Cabrera Báez y el Senador Plinio Edilberto Olano Becerra.

**2. OBJETO DEL PROYECTO DE LEY**

El objetivo del proyecto de ley es lograr la recuperación e integración social de la población en fragilidad social; especialmente los jóvenes en alto riesgo de fragilidad social y los jóvenes vinculados a las pandillas.

Los ponentes, luego de un análisis conjunto hemos determinado, enfocar el proyecto de ley exclusivamente a este grupo poblacional.

Para los habitantes de y en la calle, se han diseñado herramientas y acciones de protección para

estos grupos en exclusión social, las cuales han posibilitado la evaluación, control y seguimiento a los servicios prestados actualmente, como de atención terapéutica, servicios básicos profesionales, de atención y se ha venido diseñando y actualizando una metodología específica para atender esta problemática.

En cuanto, a los jóvenes, solo se tiene como experiencia base, la obtenida por el Instituto Distrital para la Protección de la Niñez y la Juventud.

El desafío de los próximos años es enorme. El éxito depende de la adopción de criterios que correspondan a los recursos disponibles y tomen en cuenta las necesidades y preferencias de los menores.

### 3. CONSTITUCIONALIDAD

La Políticas públicas de la naturaleza que incorpora el proyecto, se encuentran dirigidas particularmente para jóvenes en situación de fragilidad social y vinculada a pandillas, entre los múltiples que se encuentran en condiciones de debilidad social y que deben ser objeto de *asistencia pública* en el país. En este sentido, el constituyente de 1991, dispuso como un deber del Estado, en el artículo 13 de la C. P., lo siguiente:

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

Esta obligación estatal, se dirige a sectores como los que se pretende amparar mediante la iniciativa presentada.

### 4. PROPOSICION

Por las anteriores consideraciones y con base en lo dispuesto por la Constitución Política y la ley, proponemos a los honorables Senadores dar primer debate al Proyecto de ley número 359 de 2009 Senado, 090 de 2008 Cámara, Por medio de la cual se adoptan medidas para la inclusión social de jóvenes con alto grado de fragilidad social y se crean estímulos tributarios.

Cordialmente,

*Jairo Mantilla Colmenares,*

Senador Ponente.

### 5. EXPOSICION DE MOTIVOS

La inclusión social y laboral es la parte final de un proceso de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con derechos vulnerados, habiendo ya adquirido elementos y herramientas para el trabajo digno y con calidad, por lo cual es importante darle valor al trabajo con familia, a la

necesidad de desarrollar un trabajo de atención al consumo de sustancias psicoactivas, nivelación académica, entre otros aspectos que garantizan la inserción social y que son aspectos desarrollados en los programas de restablecimiento de derechos para esta población menor de 18 años de edad.

Está dirigido, principalmente a fortalecer las acciones tendientes a la recuperación integral del joven, en todo el país, en situación de fragilidad social, y jóvenes vinculados a pandillas, con los mecanismos necesarios para evitar su incremento, implementando acciones y estableciendo procedimientos que los incluyan en una sociedad con respuestas claras y los proyecten como personas útiles y que aporten a la sociedad para su desarrollo; brindando el acceso a la salud, a la educación, a la recreación y a la inclusión laboral, así como la protección de sus derechos fundamentales, propiciando que las compañías y/o empresas acepten preferentemente estos jóvenes y a su vez, reciban estímulos tributarios por su vinculación, recuperándolos como personas de oportunidades en la legalidad, con sus documentos legales vigentes como son: cédula de ciudadanía, libreta militar, etc.

El Informe de Desarrollo Humano-2008, emitido por el PNUD, Colombia, establece que la Política Social tiene dos objetivos distintos:

a) La garantía universal de los derechos de ciudadanía social, y

b) La inclusión de grupos privados o por debajo del umbral de la ciudadanía social.

Hay dos maneras de gestionar la política social: por sectores y por poblaciones objetivo. El Distrito combina ambos, sin embargo, para reducir sus propias desventajas, cada enfoque puede adoptar elementos del otro. Este camino conlleva el peligro de que cada entidad desarrolle sus propios servicios complementarios, generando duplicaciones e ineficiencias. La solución deseable consiste en optimizar la coordinación mediante diseños transversales, la creación de sistemas de referencia adecuados y el uso de puntos focales comunes (la escuela, por ejemplo).

La presente ley tiene como objetivo la interacción de instituciones, organizaciones, entidades públicas y privadas, y personas, que realicen procesos de desarrollo institucional, planificación, ejecución y evaluación, que articuladas entre sí, logren la recuperación e integración social de la población objeto de la presente ley.

El artículo 129 de la Ley 1151 de 2007, Plan Nacional de Desarrollo, determina que el Gobier-

no Nacional, acompañará a las entidades territoriales en el diseño y estructuración de proyectos que sean importantes para contribuir al logro de una mayor competitividad, productividad e impacto social de las regiones y para seguir avanzando en la agenda interna y la visión Colombia segundo centenario.

El Código de la Infancia y la Adolescencia en su Capítulo I.

Artículo 2°. *Objeto.* El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

Artículo 3°. Sujetos *titulares* de derechos. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.

Artículo 9°. *Prevalencia de los derechos.* En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Artículo 10. *Corresponsabilidad.* Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.

No obstante, lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

## CAPITULO II

### Derechos y libertades

Artículo 19. *Establece el derecho a la rehabilitación y la resocialización.* Los niños, las niñas y los adolescentes que hayan cometido una infracción a la ley tienen derecho a la rehabilitación y resocialización, mediante planes y programas garantizados por el Estado e implementados por las instituciones y organizaciones que este determine en desarrollo de las correspondientes políticas públicas.

Artículo 20. *Derechos de protección.* Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:

1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención.

2. La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad.

3. 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.

4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución, la explotación sexual la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.

5. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre.

6. Las guerras y los conflictos armados internos.

7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley.

8. La tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanas, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria.

9. La situación de vida en calle de los niños y las niñas.

10. Los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin.

11. El desplazamiento forzado.

12. El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que

pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la educación.

13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la OIT.

14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancias psicoactivas que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida.

15. Los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia.

16. Cuando su patrimonio se encuentra amenazado por quienes lo administran.

17. Las minas antipersonales.

18. La transmisión de VIH Sida y las enfermedades de transmisión sexual.

19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos.

Artículo 41. *Obligaciones del Estado.* El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

1. Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

2. Asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos y prevenir su amenaza o afectación a través del diseño y la ejecución de políticas públicas sobre infancia y adolescencia.

3. Garantizar la asignación de los recursos necesarios para el cumplimiento de las políticas públicas de niñez y adolescencia, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal para asegurar la prevalencia de sus derechos.

4. Asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados.

5. Promover la convivencia pacífica en el orden familiar y social.

6. Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados.

7. Resolver con carácter prevalente los recursos, peticiones o acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos.

8. Promover en todos los estamentos de la sociedad, el respeto a la integridad física, psíquica e intelectual y el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y la forma de hacerlos efectivos.

9. Formar a los niños, las niñas y los adolescentes y a las familias en la cultura del respeto a la dignidad, el reconocimiento de los derechos de los demás, la convivencia democrática y los valores humanos y en la solución pacífica de los conflictos.

10. Apoyar a las familias para que estas puedan asegurarle a sus hijos e hijas desde su gestación, los alimentos necesarios para su desarrollo físico, psicológico e intelectual, por lo menos hasta que cumplan los 18 años de edad.

11. Garantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar.

12. Garantizar la inscripción y el trámite del registro civil de nacimiento mediante un procedimiento eficaz y gratuito. Para el efecto, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Ministerio de la Protección Social conjuntamente reglamentarán el trámite administrativo que garantice que el niño o niña salga del centro médico donde nació, con su registro civil de nacimiento y certificado de nacido vivo.

13. Garantizar que los niños, las niñas y los adolescentes tengan acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de manera oportuna. Este derecho se hará efectivo mediante afiliación inmediata del recién nacido a uno de los regímenes de ley.

14. Reducir la morbilidad y la mortalidad infantil, prevenir y erradicar la desnutrición, especialmente en los menores de cinco años, y adelantar los programas de vacunación y prevención de las enfermedades que afectan a la infancia y a la adolescencia y de los factores de riesgo de la discapacidad.

15. Asegurar los servicios de salud y subsidio alimentario definidos en la legislación del Sistema de Seguridad Social en Salud para mujeres gestantes y lactantes, familias en situación de debilidad manifiesta y niños, niñas y adolescentes.

16. Prevenir y atender en forma prevalente, las diferentes formas de violencia y todo tipo de accidentes que atenten contra el derecho a la vida

y la calidad de vida de los niños, las niñas y los adolescentes.

17. Garantizar las condiciones para que los niños, las niñas desde su nacimiento, tengan acceso a una educación idónea y de calidad, bien sea en instituciones educativas cercanas a su vivienda, o mediante la utilización de tecnologías que garanticen dicho acceso, tanto en los entornos rurales como urbanos.

18. Asegurar los medios y condiciones que les garanticen la permanencia en el sistema educativo y el cumplimiento de su ciclo completo de formación.

19. Garantizar un ambiente escolar respetuoso de la dignidad y los Derechos Humanos de los niños, las niñas y los adolescentes y desarrollar programas de formación de maestros para la promoción del buen trato.

20. Erradicar del sistema educativo las prácticas pedagógicas discriminatorias o excluyentes y las sanciones que conlleven maltrato, o menoscabo de la dignidad o integridad física, psicológica o moral de los niños, las niñas y los adolescentes.

21. Atender las necesidades educativas específicas de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad, con capacidades excepcionales y en situaciones de emergencia.

22. Garantizar la etnoeducación para los niños, las niñas y los adolescentes indígenas y de otros grupos étnicos, de conformidad con la Constitución Política y la ley que regule la materia.

23. Diseñar y aplicar estrategias para la prevención y el control de la deserción escolar y para evitar la expulsión de los niños, las niñas y los adolescentes del sistema educativo.

24. Fomentar el deporte, la recreación y las actividades de supervivencia, y facilitar los materiales y útiles necesarios para su práctica regular y continuada.

25. Fomentar la participación en la vida cultural y en las artes, la creatividad y producción artística, científica y tecnológica de niños, niñas y adolescentes y consagrar recursos especiales para esto.

26. Prevenir y atender la violencia sexual, las violencias dentro de la familia y el maltrato infantil, y promover la difusión de los derechos sexuales y reproductivos.

27. Prestar especial atención a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en situación de riesgo, vulneración o emergencia.

28. Protegerlos contra los desplazamientos arbitrarios que los alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual.

29. Asegurar que no sean expuestos a ninguna forma de explotación económica o a la mendicidad y abstenerse de utilizarlos en actividades militares, operaciones psicológicas, campañas cívico-militares y similares.

30. Protegerlos contra la vinculación y el reclutamiento en grupos armados al margen de la ley.

31. Asegurar alimentos a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en procesos de protección y restablecimiento de sus derechos, sin perjuicio de las demás personas que deben prestar alimentos en los términos de la presente ley, y garantizar mecanismos efectivos de exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

32. Erradicar las peores formas de trabajo infantil, el trabajo de los niños y las niñas menores de quince años, proteger a los adolescentes autorizados para trabajar, y garantizar su acceso y la permanencia en el sistema educativo.

33. Promover estrategias de comunicación educativa para transformar los patrones culturales que toleran el trabajo infantil y resaltar el valor de la educación como proceso fundamental para el desarrollo de la niñez.

34. Asegurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés o que los involucren cualquiera sea su naturaleza, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su integridad física y psicológica y garantizar el cumplimiento de los términos señalados en la ley o en los reglamentos frente al debido proceso. Procurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal.

35. Buscar y ubicar a la familia de origen o las personas con quienes conviva a la mayor brevedad posible cuando sean menores de edad no acompañados.

36. Garantizar la asistencia de un traductor o un especialista en comunicación cuando las condiciones de edad, discapacidad o cultura de los niños, las niñas o los adolescentes lo exijan.

37. Promover el cumplimiento de las responsabilidades asignadas en el presente Código a los medios de comunicación.

Parágrafo. Esta enumeración no es taxativa y en todo caso el Estado deberá garantizar de manera prevalente, el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes consagrados

en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos y en este código.

En Colombia, la población con altos niveles de pobreza, niveles educativos bajos, y predominio del desempleo, subempleo o formas de trabajo informal van adquiriendo consciencia de su situación desde muy temprana edad y sufren la falta de oportunidades para mejorar sus condiciones de vida. Lo anterior, genera un tipo de subcultura urbana en la que prima una actitud inediatista, hay que aprovechar lo primero que se presente porque probablemente nunca más habrá oportunidades de obtenerlo.

El aumento de las pandillas juveniles en el país, tiene diversos factores que la generan. Según Lilliana Schwarztbach, en los años 80 el poder del narcotráfico empezó a sentirse y en los años 90 la guerrilla empezó a hacer su aparición en las zonas urbanas populares controlando algunos territorios y finalmente llegaron los paramilitares que se crearon para contraatacar las actividades de la guerrilla.

Este panorama de exclusión los lleva a encontrar salidas como la vinculación a la calle, a grupos delincuenciales, a parches o pandillas o aislamiento total que acaba muchas veces en la drogadicción, prostitución y la delincuencia individual. Suelen surgir dos caminos extremos: una la organización para buscar alternativas ocupacionales para generar recursos, defender derechos ambientales o algún tipo de trabajo comunitario en beneficio suyo o sus vecinos y otra el desconocimiento de la legalidad y el uso de violencia común único medio de supervivencia para obtener poder y estatus social y como resultado surgen grupos de delincuencia organizada, generalmente asociados con el consumo de alcohol y otros tipos de sustancias psicoactivas.

La población de y en la calle en el territorio Nacional, se deriva de una multicausalidad de factores que se relacionan con la diversidad de formas de maltrato intrafamiliar y social, la carencia de un tejido social sólido para acoger a sus miembros, la intolerancia para las diferencias, los bajos niveles de comunicación humana, la indiferencia de la sociedad civil ante los problemas sociales y económicos, y la incapacidad del Estado para formular, orientar, invertir y ejecutar políticas sociales que respondan realmente a las necesidades del pandillero en situación de indigencia, aun más de impedir que esto continúe sucediendo.

La calle se convierte para ellos en el espacio más cómodo y atractivo de subsistencia, de ahí que a medida que el tiempo pasa es menor su interés por dejar e iniciar nuevos hábitos de vida.

En ella no están solos, son manipulados, gobernados y rodeados por fuerzas sociales y económicas, en las que se mezcla, lo informal, el rebusque, la delincuencia, la ilegalidad, y mendicidad, la explotación, la anarquía, la falta de decisiones, político-administrativas y la indiferencia por parte de la ciudadanía de este grupo excluido. Han encontrado en las calles su única y real posibilidad de subsistencia, de sobrevivencia y creación de los lazos afectivos. La calle es el escenario donde han construido una existencia diferente, sus propias reglas son su mayor valor.

Muchas de las personas urbanas más pobres empiezan su vida como niños del medio rural o son hijos de recientes inmigrantes a las ciudades.

Las familias pobres se trasladan a las ciudades por varias razones: algunas familias son expulsadas de sus tierras, otras quedan desempleadas debido a la mecanización de la agricultura y muchas se sienten atraídas por la ilusión de tener mayores oportunidades de empleo, La emigración a la ciudad pone a las familias en situaciones difíciles pues sufren las pérdidas de sus sistemas de apoyo de origen así como la tradición y además con mayor frecuencia el empleo.

A pesar de la adaptabilidad de los habitantes en la calle las necesidades físicas y psicológicas son enormes. Algunos de los problemas más comunes de salud son la diarrea, la infección de heridas, los piojos y las pulgas, enfermedades de la piel, desnutrición, traumas, enfermedades venéreas, sida y el abuso de drogas en particular.

El estudio realizado en Colombia comprobó que algunos padres estimulan a sus hijos especialmente a los varones de corta edad, a ir a la calle. Es frecuente que los padres obligan a sus hijos a salir del hogar para obtener dinero de la mendicidad, el robo, etc. Si no producen son expulsados del hogar o ellos mismos abandonan la familia para escapar a los malos tratos. Muchos jóvenes se ven obligados a vivir como adultos prematuramente para optar por vivir en la calle para huir de la violencia doméstica. En el mismo estudio se comprobó que de cuatro hogares originales de los menores de la calle, en tres hogares estaba ausente el padre biológico. El hacinamiento y la falta de planificación familiar también son factores comunes.

Un estudio realizado por Econometría S. A., en el año 2002 señalaba que la insuficiente oferta de un hábitat adecuado se estimaba que en el 23% de los hogares casi un millón y medio de personas vivían en hacinamiento y el 3.5% de las viviendas tenían carencias habitacionales.

El 40% de los jóvenes colombianos no están vinculados al sistema educativo.

En el año 2000 murieron 2.466 jóvenes, un 45.8% se debió a agresiones, un 10.8% a accidentes de tránsito y un 7.1% a suicidio.

Los jóvenes del país, subsisten en condiciones de pobreza y como consecuencia de la misma deben soportar carencias habitacionales y educativas. Se suma un medio en el que multiplica las expresiones de violencia que aumentan sus niveles de riesgo.

Los menores inician su vida callejera a los 8.6 años de edad. La edad promedio de los niños de la calle es de 13 a 16 años pero la mayor franja se encuentra entre los 12 y 15 años. El 58% de los niños que deambulan por las calles tienen una vinculación familiar, lo que nos indica que estos últimos se rotan entre la casa y la calle, y están en alto riesgo de dejar definitivamente su hogar, ya que el niño se marcha gradualmente. El 37% de los censos afirman que el maltrato fue el factor principal para abandonar la familia. En el 60% de los casos la huida es por problemas intrafamiliares, más allá de los económicos propiamente.

Aproximadamente entre 1.800 y 2.500 pasan por la calle en un mes, cifra que si bien no aumenta considerablemente, sí se sostiene año tras año a pesar de los programas institucionales públicos y privados existentes, aunque también hay que tener en cuenta la alta tasa de deserción. El 44.58% de los menores han estado en por lo menos dos instituciones.

La encuesta de hogares estrato 1 y 2 en el que solo el 16.5% menores entre 5 y 18 años nacieron fuera de la ciudad, se demuestra que la migración es un fenómeno común entre la población infantil de la calle.

El 31.06% de los menores dicen vivir con amigos adultos lo que es preocupante ya que implica un factor más de riesgo en las calle: la explotación y el abuso por parte de los adultos, el 11% de los niños de la calle viven en ella con su familia o tienen contacto con su madre.

Se ha establecido que en Colombia, existen grupos de pandillas que se han venido conformando alrededor de la problemática del narcotráfico, guerrilla y paramilitarismo.

Es necesaria la participación desde el nivel Nacional para que permita a las comunidades lograr un sentido de pertenencia de su problemática para de esta forma prevenir la deserción de los niños y de los adultos, reduciendo la multicausalidad que los induce a abandonar su medio ya sea familiar o de la misma comunidad.

Esta multicausalidad se previene fortaleciendo planes de desestimulación de la mendicidad en niños y adultos, problemas de consumos de sustancias psicoactivas, violencia intrafamiliar, menores iniciando a la vida callejera, niñas en alto riesgo, familias en la calle.

Lamentablemente, los factores socioeconómicos de muchos países del continente tienden a incrementar el número de jóvenes de y en la calle. Además la población de menores sigue incrementado para el año 2020.

El desafío de los próximos años es enorme. El éxito depende de la adopción de criterios que correspondan a los recursos disponibles y tomen en cuenta las necesidades y preferencias de los menores.

En el estudio realizado en Bogotá por el Instituto Distrital para la Protección de la Niñez y la Juventud –Idipron– se determinó que los grupos de Pandillas presentan la siguiente composición:

#### JÓVENES EN SITUACIÓN DE FRAGILIDAD SOCIAL VINCULADOS A PANDILLAS

Número de Jóvenes vinculados a Pandillas en el País

<b>INFORMES GRUPOS DE JOVENES VINCULADOS A PANDILLAS EN TODO EL PAIS</b>		
	<b>BOGOTA</b>	20300
<b>Eje cafetero</b>	Pereira, Armenia, Manizales	15800
	Bucaramanga	3200
<b>Costa Atlántica</b>	Barranquilla, Cartagena, Santa Marta	4200
<b>Antioquia</b>	Medellín	10200
<b>Valle</b>	Cali	4200
	<b>RESTO DEL PAIS</b>	13000
	<b>TOTAL</b>	<b>70900</b>



**DISTRIBUCION DE MIEMBROS  
POR EDADES**

GRUPOS	EDADES	PORCENTAJE
INFANTES	04-12	1.3
JOVENES	13-18	64.1
JOVENES MAYORES	19-25	32.1
ADULTOS	26-40	2.5
		100%

**COMISION DE DELITOS REALIZADOS**

**POR GRUPOS DE PANDILLAS**

	HURTOS	PORCENTAJE
PERSONAS	251	93.3
AUTOMOTORES	161	59.9
ENTIDADES COMERCIALES	202	75.1
ENTIDADES FINANCIERAS	9	3.3
RESIDENCIAS	186	69.1

**OTROS DELITOS**

	OTROS DELITOS	
SICARIATO	39	14,5
EXTORSION	55	20,4
VENTA DE SPA	175	65,1
SECUESTRO	8	3
VIOLACION	11	4,1

Desde principios del siglo XX ha sido reconocido el fenómeno de pandillas como característico de ciertas zonas, generalmente deprimidas de las grandes urbes.

Este fenómeno ha afectado particularmente a las ciudades estadounidenses y es por ello que muchos de los estudios pioneros en la materia han sido hechos en ese país, a través de cuya influencia el fenómeno se ha expandido a ciudades de otras partes del mundo.

Es importante resaltar que los llamados parches, constituyen en cierta forma una etapa previa en la conformación de pandillas en la medida que sus integrantes, si bien realizan algunas conductas delictivas, no hacen de estas una forma de vida ni un propósito general de su organización. Se trata más bien de acciones ocasionales que realizan para afianzar su imagen entre los compañeros de grupo o entre la comunidad que los miran con desconfianza o rechazo o para satisfacer un propósito ocasional.

La pandilla es una agrupación en una búsqueda de lo similar; aporta a sus miembros elementos como la seguridad y el sostén afectivo, es decir un sustituto de amor que está conformada por un promedio de 12 integrantes. Se destaca por su organización interna. Aunque se reúnen en cualquier lugar ejercen poder en el territorio que frecuentan, bien sea porque lo habitan o porque es un lugar en donde cometen actos delictivos. Las pandillas generalmente están involucradas en la comisión de delitos, como robos, asaltos, atracos, homicidios, violaciones, portan armas de fuego como revólveres, pistolas y changones y a menudo se ven involucradas con otros grupos de jóvenes, grupos de limpieza social o la policía.

Las pandillas generan un conjunto de reglas específicas a los que los jóvenes se adaptan con un alto grado de implicación personal, que le permite salir del anonimato y construir una imagen, un esquema de aptitudes y comportamientos.

La pandilla entonces trasgrede las leyes de la sociedad dominante haciéndose llamativa por tal hecho, marcan su territorialidad, sus reuniones son en lugares públicos en donde se sienten seguros, posteriormente generan una delimitación imaginaria que hacen respetar entre las actividades que desarrolla el grupo en lugares públicos, están en el consumo de drogas y en la participación de actos delictivos. Al respecto cabe señalar que la droga es de fácil acceso para los jóvenes ya que se haya en su entorno inmediato. Por lo demás el tipo de sustancias consumidas por la pandilla no solo es un elemento que las diferencia, sino un indicador de prestigio.

Los medios de comunicación son el mecanismo a través del cual se vende una sociedad de consumo que diseña un estilo de vida (ropa, formas de diversión, dinero, prestigio) que las pandillas asumen como propio y que los jóvenes buscan alcanzar por cualquier medio, incluyendo robos, atracos u homicidios.

Las pandillas son un fenómeno urbano que aprovecha el acelerado ritmo de la ciudad para cometer delitos y que tiende a convertir la delincuencia en una forma de ganarse la vida.

El origen de la mayor parte de estos grupos son los conflictos familiares. Cabe señalar que entre los factores que desembocan en el ingreso de los jóvenes a tales grupos, es la inducción de víctimas por parte de un familiar perteneciente a uno de ellos –por lo general el hermano mayor– hacía actividades tales como guardar lo robado, transportar drogas o hacer otros favores.

Como se ha venido destacando la carencia de espacios adecuados para una buena socialización

primaria (familias que los provean de afecto, respeto, comprensión) además de carencia de condiciones materiales para su subsistencia, en ocasiones para realizar un proceso de socialización secundaria en establecimiento educativo, tampoco ha tenido la oportunidad de acceder a ocupaciones que les permita obtener niveles de ingreso suficientes para cubrir sus necesidades más apremiantes.

Por lo tanto, sus capacidades se encuentran altamente limitadas frenando su acceso a nuevas oportunidades generando un círculo vicioso en el que la falta de oportunidades influye a bajas capacidades. La búsqueda de tales oportunidades los lleva a actuar por fuera de la legalidad provocando una represión institucional inclusive de la comunidad en que habitan.

La escuela se constituye en un medio socializador y es un escenario de encuentro de diferentes individuos que ha vivido situaciones particulares, pero que al interactuar entre ellos, terminan adquiriendo ciertos rasgos comunes que los aproximan a su vez a los grupos sociales de los que reciben influencia. A pesar de que esta educación formal es uno de los factores en el proceso de formación de la juventud y no es necesariamente el más importante, es indudable que el conjunto constituye uno de los eslabones claves en la interacción capacidades-oportunidades que en gran medida condiciona el futuro de los jóvenes.

El acceso a una buena educación secundaria tiene mucho que ver con las posibilidades futuras de ingresar a la educación superior, influye sobre el rendimiento académico posterior y puede incidir sobre el desempeño en el mercado laboral. Desafortunadamente los miembros de estos grupos no hicieron ni hacen parte del sistema educativo.

La deserción de las aulas escolares los enfrenta a no tener en qué ocupar su tiempo libre, a permanecer en la calle sin un objetivo claro y, a la falta de oportunidades laborales debido a su formación precaria en actividades que les puedan generar y obviamente a la baja oferta laboral.

Un joven que carece de educación adecuada en los niveles básicos y que no hace parte de redes sociales que respalden las capacidades de que disponen, encontrará extremadamente difícil hacer frente a la vida sin entrar en conflicto permanente con sus semejantes. Por otra parte, la visibilización de los jóvenes en la irrupción pública de la violencia, la pobreza y la relación joven-pobre-violento junto a la presencia de forma de violencia que se convierten en modos de ¿trabajar? para jóvenes de sectores sociales excluidos y marginados. Sin embargo sienten la necesidad de trabajar a pesar de que manifiestan que son objeto de explotación

laboral. Para lograr una resocialización adecuada es necesario generar empleo, con alternativas de conformación de microempresas, la vinculación de proyectos productivos y la orientación de la inversión local al apoyo de esta población.

Las oportunidades de recreación sana y la práctica deportiva llevan a la población a proyectarse y desarrollarse productivamente en su vivir diario. El fortalecer la relación local es fundamental como ámbito complementario de la socialización secundaria en la medida que ofrece a los jóvenes y los habitantes en general espacios de integración, grupos de referencia con los cuales conviven y pueden reforzar positivamente su visión de la sociedad y del mundo.

El difícil acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud enfatizan las deficiencias que rodean este grupo de población: las relaciones sexuales múltiples y sin protección, la presencia de índices importantes de enfermedades de transmisión sexual, y la libertad absoluta de comportamientos sexuales, la visión a corto plazo de la supervivencia. Los estándares de calidad de vida establecidos desde el interior de los grupos hacen que una enfermedad más no desmejora notablemente la calidad de su existencia.

Más allá de combatir la pobreza toda política que proponga promover la integración de los habitantes de y en la calle y pandilleros en la sociedad deberá tomar especialmente en cuenta los problemas de segmentación en todo tipo de servicios, tanto en educación y salud como en los vinculados a la recreación y el esparcimiento.

Para romper el círculo vicioso de la desigualdad, es indispensable que la sociedad, como un todo, se movilice con el fin de abrir oportunidades para adquirir niveles elevados de formación, que les permita ofrecer a sus hijos un punto de partida más alto que el de los grupos poblacionales que hoy pudieron disfrutar. Si esto no se logra, se estará perpetuando las disparidades que han contribuido a sumergir a la sociedad colombiana en las condiciones difíciles en que se encuentra.

En el marco de la política social existe el gran compromiso de definir la integración la implementación y el sistema de responsabilidades de las instancias territoriales frente a lo social, y de manera especial a la familia y la niñez. Es de resaltar que hoy las entidades Distritales desarrollan programas similares en la atención a la población objeto de esta ley.

Se trata de recuperar el sentido y la filosofía del significado de trabajar articuladamente en equipo, como una alternativa para visualizar el futuro, plantear los grandes propósitos y necesidades,

definir las prioridades y proponer sistemas de responsabilidades y compromisos compartidos; se requiere que en el marco de la política social del habitante de y en la calle y pandillero, se cree un Sistema como la instancia fundamental del coordinador para adoptar coherencia e integralmente la política social de la Nación.

Las directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, adoptado por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990, establece los principios fundamentales para la prevención de la delincuencia juvenil como parte esencial de la prevención del delito en la sociedad, el desarrollo armónico de los adolescentes a partir del desarrollo armonioso de su personalidad desde la primera infancia.

Lo anterior, según las Directrices de la RIAD, sucede mediante la creación de las oportunidades, en particular educativas, una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, las necesidades y las oportunidades para llegar a delinquir.

Una intervención oficial cuya finalidad primordial sea velar por el interés general de los jóvenes. La protección del bienestar, el desarrollo, los derechos y los intereses de todos los jóvenes.

Las directrices de la RIAD, contemplan en su Capítulo IV los procesos de socialización y la especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentren en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral.

Los organismos gubernamentales, deberán asumir la responsabilidad del cuidado de los niños sin hogar o los niños de y en la calle y de proporcionarles los servicios necesarios. Facilitar el acceso a la información local, empleo, alojamiento y otras formas o fuentes de ayuda.

En el Capítulo V, de política social, establece la elevada prioridad que deben asignar los organismos gubernamentales a los programas dedicados a jóvenes y suministrar suficientes fondos y recursos de otro tipo para prestar servicios eficaces.

Todos los gobiernos, el sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones interesadas deberán apoyar firmemente la cooperación técnica y científica en asuntos prácticos relacionados con la formulación de normas, en particular con proyectos experimentales, de capacitación y demostración, sobre cuestiones concretas relativas a la prevención de la delincuencia juvenil y de delitos cometidos por jóvenes.

## 6. MARCO JURIDICO

Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006.

Directrices de la RIAD, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

La Constitución Política en el artículo 13 señala que el Estado promoverá condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Acuerdo 13 de 1995 creó el programa integral de protección y seguridad social a los indigentes de la ciudad de Bogotá.

Mediante el Decreto Distrital 897 de 1995 se creó el programa distrital de atención al habitante de la calle.

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Declaración sobre los derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959.

Cordialmente,

*Jairo Mantilla Colmenares,*

Senador Ponente.

Bogotá, D. C., 16 de diciembre de 2009

En fecha se recibió Ponencia para Primer Debate del Proyecto de ley número 359 de 2009 Senado, 090 de 2008 Cámara, “*por medio de la cual se adoptan medidas para la inclusión social de jóvenes con alto grado de fragilidad social y se crean estímulos tributarios*”.

El Secretario General,

*Rafael Oyola Ordosgoitia.*

Autorizo la publicación de la siguiente Ponencia para Primer debate consta de veinticinco (25) folios

El Secretario General,

*Rafael Oyola Ordosgoitia.*

\*\*\*

### PONENCIA PARA PRIMER DEBATE

#### AL PROYECTO DE LEY NUMERO 154 DE 2009 SENADO

*por la cual se reforman los artículos 122, 123 y 124, se adicionan los artículos 106, 107, se crea un artículo del Código Penal (Ley 599 de 2000), y se dictan otras disposiciones.*

Bogotá, D. C., diciembre 14 de 2009.

Senador

SAMUEL BENJAMIN ARRIETA BUELVAS

Presidente

Comisión Primera Constitucional

Senado de la República

Ciudad.

REF.: Informe de ponencia para primer debate en Senado al Proyecto de ley número 154 de 2009 Senado, *por la cual se reforman los artículos 122, 123 y 124, se adicionan los artículos 106, 107, se crea un artículo del Código Penal (Ley 599 de 2000), y se dictan otras disposiciones.*

Apreciado Senador Arrieta:

En cumplimiento del encargo que me hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Primera Permanente del Senado y dando cumplimiento a lo establecido en la Ley 5ª de 1992, me permito rendir ponencia negativa para primer debate ante esta Comisión al proyecto de la referencia, en los siguientes términos:

### I. Organización de la ponencia.

La presente ponencia se divide de la siguiente manera: en primer lugar, se reseña el objeto y el contenido del proyecto de ley presentado por la Senadora Claudia Rodríguez de Castellanos; en segundo lugar, se presentan los argumentos esgrimidos en la exposición de motivos que sustentan la penalización del aborto y la eutanasia en todos los casos; tercero, se analiza dicha sustentación a partir de la interpretación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ratifica la prevalencia de la dignidad humana en determinados eventos; finalmente, se realiza una breve aproximación a los conceptos de judicialización de la política y derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

### II. Objeto y contenido del proyecto de ley.

El propósito de la iniciativa, tal y como se propone en su **artículo 1º**, es proteger, por un lado, la vida del niño o la niña que está por nacer mediante la penalización, en todo caso, de la conducta de la mujer y de quien le ayude a causarle la muerte al nasciturus; y, por el otro, la vida del enfermo que sufre a través de la penalización de quien ayude a causarle su muerte. Para ello, el proyecto modifica y adiciona el Código Penal o Ley 599 de 2000 de tal forma que se aumentan las penas para los delitos de aborto y de eutanasia; se incluye en todos los casos la agravación punitiva para los profesionales de la salud que induzcan, ayuden o incentiven las conductas descritas; y se incluyen las circunstancias de atenuación punitiva para determinados casos. Incorpora, asimismo, medidas para la atención psicológica de la madre condenada por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Fam-

liar (ICBF) e insta a los Ministerios de Protección Social, de Educación Nacional y de Comunicaciones, para que difundan el contenido de la ley.

Específicamente, el **artículo 2º** del proyecto de ley modifica el artículo 122 del mencionado Código de tal forma que, primero, cambio el tipo penal por el de “Muerte con consentimiento de la madre del niño o niña que está por nacer”; segundo, incrementa la pena del aborto de 3 a cinco 5 años –actualmente la pena es de 16 a 54 meses- para la mujer que lo cause (con agravación punitiva si dicha situación acontece después de los dos meses de gestación), y pena de 5 a 7 años a quien, con consentimiento de la madre, ayude, incentive o preste el servicio; tercero, aumenta la pena en la tercera parte respecto del mínimo y en la mitad con respecto del máximo e inhabilita para el ejercicio de sus labores por el mismo tiempo y un año más, si quien ayude o preste el servicio a la mujer se trata de un profesional de la salud; por último, incluye atención psicológica a la madre objeto de la condena por parte del ICBF.

El **artículo 3º** de la iniciativa modifica el artículo 123 para: reformar el tipo penal “Muerte sin consentimiento del niño o la niña que está por nacer” (sic); aumentar la pena de 7 a 15 años a quien cause la muerte –la pena vigente es de 64 a 180 meses–; inhabilitar, si es el caso, al profesional de la salud en el ejercicio de sus funciones por el mismo tiempo y 4 años más; finalmente, para incluir la atención psicológica a la mujer víctima del delito por parte del ICBF. Del mismo modo, en el **artículo 4º** se crea el artículo 124<sup>1</sup> con el fin de establecer “(...) la suspensión de la pena, con subrogado penal de libertad condicional, que se cumplirá en la residencia o morada del sentenciado (...)” para la conducta descrita en el artículo en el artículo 2º que, a su vez, modifica el artículo 122 del Código Penal (se aclara también que la suspensión de la pena no es aplicable en caso de reincidencia).

Relacionado con lo anterior, en el **artículo 5º** del proyecto se crea un artículo 124 A con el objeto de adicionar, primero, tres circunstancias de atenuación para el tipo penal “Muerte con consentimiento de la madre del niño o niña que está por nacer”, con reducción de la condena a la mitad tanto para la mujer como para quien ayude o preste el servicio, a saber:

“a) [Cuando] [e]l embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado

<sup>1</sup> Sin embargo, la Sentencia C-355 de 2006 declaró la inexistencia del artículo 124 que contemplaba la atenuación de la pena para casos de violación e inseminación artificial no consentida.

no consentidas, o de incesto; **b)** Cuando exista grave malformación del nasciturus; **c)** Cuando el embarazo constituya peligro para la vida de la mujer”;

Segundo, el procedimiento que da lugar a la atenuación de la pena en las tres situaciones señaladas: entonces, si es el caso descrito por el literal a), la víctima deberá denunciar el hecho ante el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses dentro de las 72 horas siguientes –y si la víctima proviene de lugares alejados de esta institución, lo deberá hacer dentro de los 5 días siguientes– para que este determine si existen serios indicios del abuso o acceso carnal sin consentimiento. Y cuando se trate de las circunstancias de los literales b) y c), con el certificado previo de un comité médico conformado para tal fin.

El **artículo 6º**, por su parte, crea el tipo penal “Lesiones al niño o niña que está por nacer” en el artículo 125 y altera las penas previstas en él, pasando de 32 meses a 7 años y de 72 meses a 15 años en las penas mínimas y máximas, respectivamente, además de una sanción pecuniaria de 30 a 110 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Y, en la misma línea de los otros artículos modificados, contempla la inhabilitación del profesional en salud involucrado, por el mismo tiempo de la pena y un año más.

Los **artículos 7º y 8º** del proyecto de ley, finalmente, cambian los artículos 106 y 107 del Código en aras de reformar el tipo penal para el primero de ellos –“Homicidio en enfermo”–; aumentar las penas de 3 a 6 años y de 3 a 7 años<sup>2</sup>, respectivamente, e incrementar, en los dos casos, por un año más la inhabilitación del profesional de salud en el ejercicio de sus funciones; e incluir, en ambos artículos, una sanción económica de 30 a 110 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Un último artículo (9º) prevé la obligación de difusión del contenido de la ley, por parte de los Ministerios de la Protección Social, Educación Nacional y Comunicaciones, so pena de incurrir en sanciones penales y disciplinarias por su incumplimiento<sup>3</sup>.

### III. Análisis de la exposición de motivos del proyecto de ley.

Para sustentar la penalización del aborto y la eutanasia en todos los casos, la autora del proyecto recurre, primero, a la Constitución Política, a los tratados y convenios internacionales, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a las actas de la

Asamblea Nacional Constituyente y a los códigos y leyes que sustentan el valor absoluto del derecho a la vida sobre otros derechos fundamentales. Segundo y en el mismo ámbito constitucional, a las disposiciones que invalidan y deslegitiman las decisiones de la Corte Constitucional en lo referente, por ejemplo, a la competencia de esta para pronunciarse en los temas que son de la esfera exclusiva del legislador. Tercero, las razones del ámbito de la moral social, las costumbres, de la ética, y de la religión profesada por una mayoría de los colombianos. Cuarto, a las comparaciones y analogías para resaltar la necesidad normativa y lógica de castigar las prácticas en cuestión. Por último, a la descalificación de los magistrados que permitieron “prácticamente” la despenalización del aborto y la eutanasia.

Del valor “absoluto” del derecho a la vida, establecido en el artículo 11 de la Carta, se deriva que la vida de todo ser humano –desde su concepción hasta su muerte– es un bien constitucional que debe ser garantizado y protegido por encima de cualquier circunstancia o condición en la que se encuentre el sujeto, pues las decisiones que adopte este con respecto a su vida trascienden la esfera privada, y por ende, interesan al Estado y al legislador<sup>4</sup>. Lo anterior, a su vez, se colige con otras disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales a las que se alude en la exposición de motivos. Por ejemplo: el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona y la familia como institución básica de la sociedad (artículo 5º); la prohibición de la desaparición forzada, las torturas y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 12); la asistencia y protección de la mujer durante y después del embarazo (artículo 43); y la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás (artículo 44). Derechos fundamentales que, a su vez, están respaldados por los tratados y convenios internacionales (en virtud del artículo 93 de la Carta) – particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño– y por las normas legales tales como el Código Civil (artículo 91) y el Código de Infancia y Adolescencia.

En cuanto a la jurisprudencia producida por la Corte Constitucional, se traen a colación las Sentencias C-133 de 1994<sup>5</sup>, C-013 de 1997<sup>6</sup>, C-239

2 Actualmente, las penas previstas en el Código Penal para el artículo 106 son de 16 a 54 meses y para el artículo 107 de 32 a 108 meses.

3 El **artículo 10** corresponde a la vigencia y derogatorias de la ley.

4 Rodríguez, Claudia (2009). *Exposición de motivos*. En: Proyecto de ley número 154 de 2009 Senado, “por la cual se reforman los artículos 122, 123 y 124, se adicionan los artículos 106, 107, se crea un artículo del Código Penal (Ley 599 de 2000), y se dictan otras disposiciones”.

5 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

6 Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

de 1997 (salvamento de voto magistrado José Gregorio Hernández Galindo) y, entre otras, la Sentencia C-647 de 2001<sup>7</sup>, para ratificar el reconocimiento de la primacía e inviolabilidad de la vida humana como derecho fundamental y presupuesto indispensable para la titularidad y ejercicio de los demás derechos. Fundamentos respaldados, asimismo, por la constituyente donde consta, por ejemplo, que las propuestas de la denominada “opción de maternidad” fueron sistemáticamente derrotadas, a favor del principio del respeto e inviolabilidad de la vida humana<sup>8</sup>.

En suma, del análisis de las anteriores disposiciones constitucionales, jurisprudenciales y legales, la autora concluye, de una parte, que el derecho a la vida prevalece sobre otros derechos fundamentales –verbigracia: la dignidad humana, la autonomía del individuo, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad o la libre elección del número de hijos que un mujer puede tener– y garantiza la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los ciudadanos, y la estabilidad jurídica y democrática de la nación.

No obstante, considera la autora, el derecho a la vida quedó desprotegido especialmente con dos decisiones de la Corte Constitucional: la Sentencia C-239 de 1997<sup>9</sup> que permitió el ejercicio del homicidio eutanásico con el consentimiento del sujeto pasivo y la Sentencia C-355 de 2006<sup>10</sup> que habilitó el procedimiento abortivo en tres circunstancias específicas. En cada una de estas sentencias, dice la autora, la Corte al mismo tiempo que desconoció la prevalencia del derecho a la vida de los ciudadanos, se extralimitó al crear causales eximentes de responsabilidad penal en la medida que, en primer lugar, asumió una función legislativa cuya órbita corresponde únicamente al Congreso<sup>11</sup>, a la vez que desconoció el principio de legalidad y la figura de la reserva legal en materia de imposición de las penas; en segundo lugar, no contempló las reglas de interpretación jurídica constitucionales, pues la Corte debió acudir a las actas del constituyente para examinar el espíritu de los principios allí plasmados o recurrir a la figura del bloque de constitucionalidad.

7 Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

8 Asamblea Nacional Constituyente. Acta correspondiente a la Sesión Plenaria del día 14 de junio de 1991.

9 Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

10 Magistrados ponentes: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas.

11 De acuerdo con los artículos 114 y 150 de la Constitución, le corresponde al Congreso reformar la constitución, hacer las leyes y ejercer el control político sobre el gobierno y la administración; disposición que se garantiza en el artículo 121 al establecer que ninguna autoridad del Estado ejercerá funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley.

Además de las anteriores consideraciones, y si bien se aclara en la exposición de motivos que no se efectuará un análisis diferente al constitucional y legal, la autora afirma que la jurídica no es la única razón: “la conciencia, la ética, la religión según el caso de la mayoría de las personas, también los impiden, siendo una minoría la que estaría de acuerdo”<sup>12</sup>. Mayoría, precisamente, a la que le compete modificar la Constitución –y no mediante providencias judiciales ni actos administrativos– con fundamentos científicos y morales, a través de sus representantes del Congreso, de un referendo o de la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

Una mayoría, asimismo, a la que se apela, según se puede interpretar a lo largo de la sustentación del proyecto, no sólo para que pondere los argumentos mencionados, sino también para que aplique el sentido común que justifica la penalización. En esta medida, primero, recurre una lógica argumentativa como la siguiente:

“Por que (sic), quien mata a un niño o niña recién nacido es un criminal y se le castiga penalmente, y quien mata a un niño o una niña dentro del vientre materno no es un criminal y supuestamente no se le debe castigar?. (sic) Será que es delito porque el recién nacido lo ven, lo palpan, y no es delito porque al niño o niña que esta (sic) en el vientre materno no lo ven, será que estos últimos no sienten dolor como lo sienten los recién nacidos?, (sic) Será que un niño o niña en el vientre materno, no tiene los mismos derechos fundamentales constitucionales de un niño o niña que acaba de salir del vientre materno?, cual la diferencia si ambos son personas (sic).”<sup>13</sup>

Se concluye, entonces, que tanto el nasciturus como el recién nacido son personas (que sienten dolor), y por tanto, titulares de derechos; de lo cual se sigue que quien conculque el derecho a la vida del primero de ellos, también es un criminal. Análisis similar que propone al equiparar la práctica del aborto con el hurto:

“A partir de estas premisas [derivadas de la Sentencia C-355/06], si lo anterior fuera correcto desde el punto de vista jurídico y de la moral social, y tales proposiciones fueran de recibo para el legislador, entonces se debería despenalizar el hurto, a pesar de vulnerar un bien protegido, sin embargo, el móvil que dio lugar al hurto, fue poder vivir de manera digna, porque la persona no tiene cubiertas sus necesidades básicas mínimas, es decir adolece (sic) de vivienda, educación, alimento, trabajo, salud, equivaliendo por tanto, la pena por hurto a una restricción desproporcionada de los

12 Rodríguez, Claudia (2009), *op. cit.* p. 80.

13 *Ibidem*, p. 11.

derechos fundamentales y constitucionales en juego, que dan lugar a la indignidad, siendo por tanto, la sanción penal que en estos eventos da lugar al tipo penal del hurto, una medida perfeccionista, por medio de la cual se pretende imponer un modelo de conducta ética de los asociados que viven indignamente, ¿absurdo cierto?”<sup>14</sup>.

De la misma forma, acude a la comparación para el caso de la eutanasia, en donde la meta del individuo es continuar con vida y la labor de la familia y del Estado es apoyarlo para alcanzar esa meta<sup>15</sup>:

“(…) es como cuando un ciclista esta (sic) en competencia de alta montaña y no ha alcanzado la meta y le falta poco, que (sic) hacen sus entrenadores, los aficionados, sus amigos, su familia, pues darle ánimo, para que con su propio esfuerzo y sacrificio llegue a la meta así este (sic) cansado y sufriendo”<sup>16</sup>.

Sumado a lo anterior, por último, en la exposición de motivos se acude recurrentemente a la descalificación de los magistrados de la Corte Constitucional que tomaron las decisiones que reprocha la autora. Por ejemplo, dice que la Corte “ha perdido su rumbo, su derrotero, en aras de cumplir a toda costa criterios subjetivos no ajustados a la Constitución Política”<sup>17</sup>; aspecto subjetivo que recalca al decir que algunas de sus interpretaciones están “acomodadas al estilo de vida, costumbres, o pensar de quien sienta jurisprudencia”<sup>18</sup> y al mencionar que la hermenéutica utilizada “es esperable de personas con desequilibrios mentales, mas no de los juristas respetables de la Alta Corte”<sup>19</sup>; y con respecto a la extralimitación de funciones de la corporación, escribe:

¿En dónde hace pie entonces la tesis de la Corte Constitucional, si en ninguna parte de la Carta Política se le otorga la potestad de legislar? De la literatura Jurídica. ¡Y entre más extranjera, tanto mejor! Porque es la manera de escapar al señalamiento de pertenecer a un viejo derecho; no hay cosa más cómoda que andar a la moda, así se pierda el carácter de juzgar qué tan beneficiosa o perniciosa sea<sup>20</sup>.

14 *Ibidem*, p. 49.

15 Complementando esta forma argumentativa para sustentar el objeto del proyecto de ley, aparecen descritos algunos ejemplos que demuestran los alcances de dichas prácticas permitidas por la Corte Constitucional: verbigracia, el caso del niño que fue asfixiado por su padre en el municipio de Chía o el de una joven que le amputó una pierna y le produjo otras heridas con un cuchillo a su hijo recién nacido.

16 *Ibidem*, p. 76.

17 *Ibidem*, p. 46.

18 *Ibidem*, p. 75.

19 *Ibidem*, p. 115.

20 *Ibidem*, p. 126.

Desacreditando a los magistrados de la Corte por sus actuaciones “arbitrarias”, en suma, la autora del proyecto de ley configura un contexto en el cual es imperativo penalizar todos los eventos en los que es posible practicar el aborto y la eutanasia en Colombia; justificación que encuentra asidero, finalmente, en los derechos fundamentales estipulados en la Constitución Política, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional –anterior a la Sentencia C-355 de 2006–, en los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, así como en la conciencia, la moral, la ética, la religión, la lógica o el sentido común de la mayoría de colombianos.

#### IV. La despenalización de la práctica de la eutanasia y el aborto.

A continuación se presentan, en el mismo orden en el que se analizaron los anteriores argumentos, las razones por las cuales se propone el archivo de esta iniciativa.

- *El derecho a una vida digna, la autonomía y la autodeterminación del individuo.*

La Sentencia C-239 de 1997 resolvió la demanda por inconstitucionalidad del artículo 326 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal) en donde se contemplaba la atenuación de la pena para el homicidio pietístico –eventos en los que la acción se encamina a terminar la vida de quien sufre intensos sufrimientos producto de lesión corporal grave o enfermedad grave o incurable–. Lo que diferencia este tipo penal de otros, según se expone en la sentencia, es la valoración de los móviles de la conducta en términos del análisis de elementos subjetivos que subyacen al acto, y no sólo el examen de la materialidad y la objetividad del mismo. En esta línea, para la Corte quien mata a otro por piedad –elemento subjetivo– “con el propósito de ponerles fin a los intensos sufrimientos, obra con un claro sentido altruista (...)”; móvil que llevó al legislador, por un lado, a crear un tipo penal autónomo, y a atribuirle “una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de homicidio simple o agravado”. Sin embargo, para la Corte Constitucional, al analizar la responsabilidad penal de quien, con el consentimiento del sujeto pasivo, obra de tal manera y bajo esas motivaciones, determinó que no habría sanción penal en virtud de la preponderancia del derecho a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad.

Contrario a lo que se afirma en la exposición de motivos, los derechos fundamentales no son absolutos y, según la ha dicho la Corte en la Sentencia C-578 de 1995, “deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta

(...)<sup>21</sup>; de lo cual se deriva que el derecho a la vida “tiene un carácter relativo, así se le considere el bien básico, sin el cual los demás no son ni siquiera pensables<sup>22</sup>”. Desde esta óptica, el derecho a la vida es un derecho al que el individuo puede renunciar cuando considere que las circunstancias que lo rodean, como en el caso de un dolor intenso y sin posibilidades de alivio, “no la hacen deseable ni digna de vivir (...)<sup>23</sup>”. De lo anterior se derivan tres aspectos fundamentales para examinar la coalición entre derechos: en primer lugar, la libertad de decidir o de escoger las opciones de vida que crea el sujeto que son más convenientes, es decir, el reconocimiento de la autonomía y autodeterminación de los individuos. Autonomía y autodeterminación para decidir, en segundo lugar, hasta donde su situación se considera indigna como para renunciar a ella; ponderación que se deriva, por último, de las convicciones del mismo y garantizadas por el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

No obstante, el reconocimiento de la autonomía y autodeterminación del sujeto, del derecho a una vida digna y al libre desarrollo de la personalidad, se interrumpe cuando el Estado, en aras de imponer una sola visión de la vida y hacerla extensible para todos, acude al “argumento inadmisibles [como sucede en el proyecto de ley] de que una mayoría lo juzga imperativo religioso y moral<sup>24</sup>”. De esta forma, la Corte Constitucional a luz de la Constitución Política y amparada en una perspectiva pluralista y secular, decidió declarar la inconstitucionalidad del artículo 326 del Decreto 100 de 1980, con la excepción de responsabilidad penal en el evento que la práctica eutanásica cuente con el consentimiento del sujeto pasivo.

Ahora bien, argumentos similares sustentó la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, al permitir la interrupción voluntaria del embarazo en tres circunstancias especiales, a saber:

1. Cuando sean fruto de violación, inseminación artificial no consentida e incesto.
2. Cuando ponga en peligro la salud o la vida de la madre.
3. Cuando el feto no tenga posibilidad de supervivencia extrauterina.

Empero, en contraste con el homicidio por piedra, la decisión de la Corte cambió la jurisprudencia que al respecto se había producido, en especial, las Sentencias C-133 de 1994 y C-013 de 1997.

21 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

22 *Ibidem*.

23 Sentencia C-239 de 1997, *op. cit.*

24 *Ibidem*.

En la primera, la Corte consideró que el “reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye (...) actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres no nacidos (...)”, sustentado a partir, primero, de la afirmación según la cual desde el momento de la concepción se genera una tercera persona, distinta a la madre, y cuyo desarrollo y viabilidad no puede dejarse al arbitrio de la madre; de lo anterior se deduce, entonces, que la vida humana del nasciturus es objeto de protección constitucional; segundo, de la negativa de la Asamblea Nacional Constituyente de permitir la opción de la maternidad y por tanto, dejar en manos del Congreso su penalización; tercero, de los artículos constitucionales que protegen a la familia como institución básica de la sociedad y a la mujer a través de su asistencia durante y después del embarazo; cuarto, de la interpretación del artículo 42 de la Carta según la cual la libre elección del número de hijos a tener, debe entenderse como un derecho que se ejerce hasta el momento de la concepción, pues existen prácticas anticonceptivas que no pueden ignorar. Finalmente, sustentan la penalización sobre la base de los tratados y convenios internacionales, que, precisamente, reconocen el derecho a la vida desde el mismo momento de la concepción.

La segunda decisión, reconoció nuevamente la supremacía del derecho a la vida, su prevalencia sobre otros derechos en situaciones de conflicto y su protección desde el principio hasta el final de la existencia física, pues al igual considera que por el mismo hecho de existir, es titular de dicho derecho. En consecuencia, concluye, por un lado, que es legítimo y constitucional que el legislativo penalice la práctica del aborto “independientemente de las motivaciones subjetivas de quien lo ocasiona (...)”; y, por el otro, que, a pesar de las circunstancias extremas en las que pueda ser concebido el nasciturus y los daños irreparables que pueda provocar en la víctima, la “transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre”. Así, entonces, se mantuvo la penalización del aborto con la disminución de la pena en dos casos específicamente: violación e inseminación artificial no consentida.

Con la promulgación de un nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), sin embargo, el legislador incluyó la facultad del juez para disminuir la pena en las tres cuartas partes cuando el aborto sea resultado de una conducta constitutiva de violación o acto sexual sin consentimiento, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas y además, estableció que el funcionario judicial podría prescindir de la pena cuando



el aborto se realice en condiciones anormales de motivación. La Sentencia C-647 de 2001 declaró la exequibilidad del artículo anterior, basado, principalmente, en la potestad del legislador para contemplar la exclusión de la pena, dable sólo cuando se cumplan los requisitos allí señalados, pues es necesario tener en cuenta, según interpretó la Corte, que “lo extraordinario es la excepción y no la regla”.

A pesar de la declaratoria de exequibilidad, la Corte Constitucional evitó pronunciarse acerca de la colisión de derechos fundamentales presente en la práctica del aborto, así como tampoco especificó las circunstancias especiales en las que se permitía la terminación del embarazo y se constituía en una conducta atípica<sup>25</sup>; cuestiones, que, en parte, fueron aclaradas en la Sentencia C-355 de 2006 bajo los siguientes términos. En primer lugar y aún cuando prevaleció el criterio de la primacía del derecho a la vida, la Corte interpretó que la dignidad humana actúa como un principio constitucional y como un derecho fundamental autónomo, que ratifica, con respecto a la mujer, “las decisiones relacionadas con el plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados”.

En segundo lugar, reconoció que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres “han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional (...)”, como soporte de ello se reconocieron los derechos a la libertad de matrimonio, a fundar una familia, a la intimidad y a la igualdad y no discriminación.

La sentencia, en tercer lugar, hace hincapié en los alcances relacionados con los convenios y tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con respecto al derecho a la vida consagrado en la Convención de Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, citados por la autora de la iniciativa, aduce la Corte que estos no pueden ser interpretados “en el sentido de darle prevalencia absoluta al deber de protección de la vida del nasciturus sobre los restantes derechos” así como tampoco colegir que la “protección del niño antes y después del nacimiento” contempla al nasciturus como titular de derechos. En suma, concluye la Corte, de las disposiciones contenidas en los tratados y convenios

sobre derechos humanos<sup>26</sup>, suscritos por el país, no se desprende “un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991(...)”.

Teniendo en cuenta estos argumentos, la Corte permitió, primero, la vigencia de la causal de estado de necesidad establecido en el artículo 32, numeral 7 del Código al concretarlo en las tres situaciones eximentes de responsabilidad penal mencionadas más arriba; segundo, la interrupción del embarazo en menor de 14 años y sin la autorización de los padres o tutores; tercero, la derogación de las causales de atenuación punitiva estipuladas en el artículo 124 del Código; por último, la reducción de las exigencias para acceder a la interrupción del embarazo, requiriéndose únicamente el certificado médico o la copia de la denuncia penal, dependiendo del caso.

Ahora bien, unificando estas dos sentencias, se tienen dos criterios básicos que sustentan la valoración y no absolutización del derecho a la vida:

1. si bien la vida del individuo es un bien constitucional protegido y sin el cual no es posible el ejercicio de los demás derechos, el examen de constitucionalidad debe proteger el derecho a la vida digna del individuo y en consecuencia, el respeto por las decisiones que los sujetos adopten en su vida privada dentro de un ámbito de respeto por la autonomía y autodeterminación del mismo. Lo cual se extiende tanto a la decisión de acabar con la vida por considerarla indigna como en la potestad de interrumpir el embarazo cuando su vida y su salud, física y mental está en peligro o cuando es el resultado de un acto sexual violento no deseado.

2. la inclusión de elementos subjetivos, y no sólo objetivos, al momento de evaluar la conducta del sujeto con el fin de graduar la pena, o si es el caso suspender la misma, al grado de culpabilidad. En este sentido, del estudio de responsabilidad pe-

25 Jaramillo, Cristina & Alfonso, Tatiana (2008). *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Bogotá, Siglo de Hombres Editores, p. 231.

26 Al respecto, en el concepto de la Procuraduría General de la Nación se advierte el cambio normativo en materia de aborto en el derecho internacional; se citan las recomendaciones que han realizado los Comités encargados de los seguimientos de los pactos, tratados o convenios: verbigracia, el Comité de Derechos Humanos –encargado del monitoreo del Pacto de derechos civiles y políticos– recalca el problema de salud pública al que se somete a las mujeres en virtud de la criminalización legislativa del aborto y recomienda la revisión de la normatividad en el tema de la interrupción de embarazos; el Comité del CEDAW –Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer– establece que la prohibición de acceder a estos servicios médicos es violatorio del derecho a la igualdad, a la salud y vida de estas.

nal en la aplicación de las prácticas eutanásicas y abortivas, subyacen elementos “que cumplen con la función de distinguir un comportamiento punible de otro que no lo es (...)”<sup>27</sup>.

• **Control Constitucional a la facultad punitiva del legislativo.**

Empero, de lo anterior queda latente la pregunta sobre la facultad de la Corte Constitucional para eximir de responsabilidad penal determinadas comportamientos. En el salvamento de voto de la Sentencia C-013 de 1997 y en la aclaración de voto de la Sentencia C-647 de 2001, se explica que aún cuando el legislador tiene la prerrogativa de definir, atenuar o suspender los tipos penales, la labor de la Corte se extiende a la restricción del poder punitivo del Estado cuando se involucran “ámbitos protegidos por los derechos fundamentales”<sup>28</sup>; límites que contemplan, entre otros, la “no imposición de deberes o de cargas que examinadas desde un punto de vista objetivo sean extraordinariamente gravosas para las personas”<sup>29</sup>. Precisamente, una de estas situaciones de imposición de cargas excesivas y que implica ámbitos protegidos por los derechos fundamentales, es el aborto. Según se argumenta en la aclaración de voto:

“[t]ampoco podría el legislador llegar al otro extremo de desconocer de manera absoluta el derecho a la dignidad humana, el derecho a la autonomía personal, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de conciencia (...) Nadie, ni aún el órgano legislativo, tiene que requerirle a una mujer el cumplimiento de cargas que le imponen en un grado tan alto el sacrificio de valores vitales generalizados”.

En este mismo sentido, la Corte en la Sentencia C-355 de 2006 restringió la libertad punitiva del Congreso al considerar que si bien éste puede reglamentar los requisitos para acceder a la terminación del embarazo en los eventos contemplados, no puede establecer “cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer, como por ejemplo, exigir en el caso de la violación evidencia forense de penetración sexual o pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o pedir que un oficial de policía esté convencido de que la mujer fue víctima de una violación; o exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres”.

El mismo análisis puede realizarse en lo atinente a la obligación de conservar la vida de un indi-

viduo aún cuando padezca intensos dolores producto de una lesión corporal o enfermedad incurable. Al imponerle la carga de soportar los intensos sufrimientos, no sólo se estarían conculcando el derecho a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad, asimismo se le estaría exigiendo la realización de conductas heroicas para sobrellevar una “existencia en medio de circunstancias dolorosas y degradantes”<sup>30</sup>.

En síntesis y en contraste con lo que afirma la autora de la iniciativa, la extralimitación de las funciones de la Corte encuentra asidero en la medida que la creación o modificación de los tipos penales por parte del legislativo, pueden resultar abiertamente violatorios de los derechos fundamentales involucrados.

• **Las mayorías y la judicialización de la política.**

Discusiones como las del aborto y la eutanasia, están insertas en un panorama ortodoxo de educación jurídica en la que “hay un consenso de valores inalterable, un sistema inmodificable de realidades económicas y políticas, un sistema congelado de interpretaciones y de instituciones jurídicas, límites fijos y fríos al cambio social concebible”<sup>31</sup>. Esta concepción y utilización del derecho para mantener el statu quo, actúa de tal forma que, al privilegiar unos principios jurídicos y marginando otros como divergentes y excepcionales, logra imponer una visión del mundo que aparezca como natural o inevitable<sup>32</sup>. Inevitable como atribuirle al derecho a la vida un carácter absoluto y definitorio; y natural como decir que “las mujeres son (elija una) débiles, maternas, atractivas sexualmente”<sup>33</sup>.

Precisamente, uno de los argumentos que defiende la autora del proyecto de ley para penalizar en todos los casos el aborto y la eutanasia, es el de una mayoría que justifica la protección y garantía del derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte del sujeto. No obstante, el cambio en la hermenéutica jurídica de la Corte Constitucional ha permitido, aunque parcialmente, la ruptura de los “consensos” jurídicos que sustentan la concepción dominante de cómo es y debe ser el mundo. Esta ruptura se concreta mediante “la judicializa-

30 Sentencia C-239 de 1997, *op. cit.*

31 Gordon, Robert (2006). *Algunas teorías críticas del derecho y sus críticas*. En: García, Mauricio; Jaramillo, Cristina & Restrepo, Esteban (comp.), *Crítica Jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, p. 193.

32 *Ibidem*.

33 Frug, Mary Joe (2006). *Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión inconclusa)*. En: *Ibidem*, p. 229.

27 Sentencia C-239 de 1997, *op. cit.*

28 Salvamento de Voto de la Sentencia C-013 de 1997.

29 *Ibidem*.

ción de la política”, proceso en el cual algunos de los fenómenos sociales que tradicionalmente eran decididos por medio de los canales políticos, se resuelven, por lo menos parcialmente, con las decisiones de los jueces<sup>34</sup>; decisiones judiciales que responden “al descrédito del poder legislativo y a la percepción de que las normas progresistas pierden su aliento cuando llegan a los órganos de decisión legislativa”<sup>35</sup>.

Ejemplos de lo anterior, se encuentran en las sentencias que amparan los derechos de los grupos sociales minoritarios como los “sindicalistas, los indígenas, las mujeres, las minorías religiosas, los homosexuales, los vendedores callejeros, los enfermos de SIDA o los deudores del sistema financiero”<sup>36</sup>.

Pero estos cambios y avances logrados no han sido, como lo afirma la Senadora Rodríguez de Castellanos, producto de interpretaciones acomodadas al estilo de vida, costumbres, o pensar de los magistrados; por el contrario, la activación de los movimientos sociales ha permitido “neutralizar las mayorías reacias al cambio”<sup>37</sup>. Un ejemplo de ello, fue el proyecto de litigio de alto perfil encaminado a la liberalización de la legislación penal sobre el aborto en Colombia, realizado por la organización Women’s Link Worldwide<sup>38</sup>.

Por medio de una acción pública de inconstitucionalidad, dicha organización se propuso cambiar el panorama legal frente al tema del aborto en el país acudiendo a estrategias como la inclusión de nuevos argumentos para su despenalización (el

cambio normativo de los convenios y tratados internacionales o el derecho a la igualdad y no discriminación –conculcado al impedir que las mujeres embarazadas recurran al médico para proteger su salud e integridad<sup>39</sup>–); la creación de alianzas y redes de apoyo con las organizaciones internacionales, las ONG de derechos humanos, médicos, profesores de derecho, entre otros; y una estrategia de medios que lograra posicionar el tema en la agenda nacional.

El resultado de la movilización de estos recursos, produjo la Sentencia C-355 de 2006.

**V. Proposición**

En consecuencia, solicito a la Comisión Primera del Senado de la República *archivar* el Proyecto de ley número 154 de 2009 Senado, “*por la cual se reforman los artículos 122, 123 y 124, se adicionan los artículos 106, 107, se crea un artículo del Código Penal (Ley 599 de 2000), y se dictan otras disposiciones*”.

Cordialmente,

*Alfonso Valdivieso Sarmiento.*

Senador de la República

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 56.

**CONTENIDO**

Gaceta número 1316 - jueves 17 de diciembre de 2009	
CAMARA DE REPRESENTANTES	
PONENCIAS	Págs.
Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 359 de 2009 senado, 090 de 2008 camara por medio de la cual se adoptan medidas para la inclusión social de jóvenes con alto grado de fragilidad social y se crean estímulos tributarios .....	1
Ponencia para primer debate al proyecto de ley numero 154 de 2009 senado por la cual se reforman los artículos 122, 123 y 124, se adicionan los artículos 106, 107, se crea un artículo del Código Penal (Ley 599 de 2000”), y se dictan otras disposiciones .....	11

<sup>34</sup> García, Mauricio & Uprimny, Rodrigo (s. f.). *Constitutionalism and the judicialization of politics in Colombia*. p. 2.  
<sup>35</sup> García, Mauricio (2006). *El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia*. En: *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá, Grupo Editorial Norma, p. 208.  
<sup>36</sup> Uprimny, Rodrigo (s.f.). *Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas*. p. 2.  
<sup>37</sup> García, Mauricio (2006), *op. cit.*, p. 209.  
<sup>38</sup> Jaramillo, Isabel & Alfonso, Tatiana (2008), *op. cit.*, p. 23.

