



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

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

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXII - N° 872

Bogotá, D. C., martes, 29 de octubre de 2013

EDICIÓN DE 36 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 12 DE 2013 SENADO

por el cual se desarrollan los artículos 116 y 221 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

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

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

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

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

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

4. Las demás funciones que le asigne la ley.

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

Una ley estatutaria establecerá los requisitos exigidos para ser magistrado, el régimen de inha-

bilidades e incompatibilidades, el mecanismo de postulación de candidatos, el procedimiento para su selección y demás aspectos de organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales.

Parágrafo transitorio. El Tribunal de Garantías Penales empezará a ejercer las funciones asignadas en este artículo, una vez entre en vigencia la ley estatutaria que lo reglamente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 4°. *Transitorio*. Los procesos penales que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos que no tengan relación con el servicio o por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar de acuerdo a los incisos 1° y 2° del artículo 3° del presente acto legislativo y que se encuentran en la justicia ordinaria, continuarán en esta. La Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, contará con un periodo de hasta un (1) año para identificar todos los procesos que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública, y trasladar a la Justicia Penal Militar aquellos donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la jurisdicción ordinaria. En el marco de esa coordinación, se podrá verificar si algún proceso específico que cursa en la Justicia Penal Militar podría ser de competencia de la Justicia Ordinaria.

Artículo 5°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

De los honorables Congresistas,
Presentado por:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En consideración a la reciente declaratoria por parte de la Honorable Corte Constitucional de inexequibilidad por vicios de procedimiento al Acto Legislativo número 02 de 2012, consideramos necesario, poner a consideración del Congreso un nuevo proyecto que establezca un fuero Penal Militar que brinde las garantías necesarias para adelantar un proceso judicial a la luz de la Constitución Política con sujeción a los principios del debido proceso, legalidad, celeridad y garantía del derecho de defensa en las investigaciones judiciales.

El fuero es una garantía constitucional en virtud de la cual ciertas personas por razones de origen étnico, índole funcional, o con ocasión del desarrollo de sus actividades pueden ser investigadas y juzgadas por autoridades jurisdiccionales especiales.

La Constitución Política en el artículo 221 señala dos condiciones para que la Justicia Penal Militar pueda tener conocimiento de conductas delictivas que hayan sido cometidas por los miembros de la Fuerza Pública. En primer lugar, la persona procesada debe ser un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo y, en segundo lugar, el delito en cuestión debe tener relación con el mismo servicio, o con ocasión al mismo.

Estas condiciones facultan a la Justicia Penal Militar para adquirir competencia, y avocar conocimiento de actuaciones judiciales dentro de la investigación por un presunto delito. Para ello se requiere que concurran dos criterios:

i) Subjetivo, que hace referencia a que el miembro de la Fuerza Pública debe encontrarse en servicio activo, y

ii) Objetivo o funcional, implica que la conducta desplegada por el miembro de la Fuerza Pública se realizó dentro del marco de la función militar o policial que la Constitución, la Ley o los Reglamentos le han asignado, es decir, que los delitos por los cuales se investiga ocurrieron en ejercicio de sus funciones.

Finalmente el concepto de relación con el servicio excluye dos clases de delitos de la competencia de la Justicia Penal Militar. En primer lugar, excluye toda conducta que no haya tenido una relación próxima y directa con una actividad del servicio. En segundo lugar, excluye los delitos de gravedad inusitada, tales como los crímenes de lesa humanidad. Pero la Constitución no define cuáles son, exactamente, esos delitos de gravedad inusitada. En tercer lugar, existe un criterio jurisprudencial según el cual, en caso de duda, el caso debe ser remitido a la justicia ordinaria. Por lo tanto se hace necesario fijar los lineamientos relacionados con el Fuero Penal Militar.

Handwritten signatures of Arturo Yepes Alzate, Luis Emilio Sierra, Roberto Gerlén, Samy Merheg, Germán Villegas, and Gregorio Eljach Pacheco.

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

El día 29 del mes de octubre del año 2013 se radicó en este despacho el Proyecto de Acto Legislativo número 12 de 2013 Senado, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por los honorables Senadores *Arturo Yepes Alzate, Luis Emilio Sierra, Roberto Gerlén, Samy Merheg, Germán Villegas* y otros.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 29 de octubre de 2013

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el **Proyecto de Acto Legislativo número 12 de 2013 Senado**, por el cual se desarrollan los artículos 116 y 221 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por los honorables Senadores *Arturo Yepes Alzate, Luis Emilio Sierra, Roberto Gerlén, Samy Merheg, Germán Villegas* y otros. La materia de que trata el mencionado proyecto de acto legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 29 de octubre de 2013

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

Cumplase.

Presidente del honorable Senado de la República,

Juan Fernando Cristo Bustos.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 133 DE 2013 SENADO

por medio de la cual se dictan medidas para combatir los grupos criminales armados y organizados, dentro del territorio nacional.

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* El objeto de la presente ley es la implementación de medidas que permitan garantizar la seguridad nacional, mediante la habilitación de competencias al interior de la Fuerza Pública, para el combate de la criminalidad organizada en el territorio nacional y la protección de las víctimas de estos grupos.

Artículo 2°. *Grupo criminal, armado y organizado.* Para efectos de la aplicación de la presente ley, se entenderá por grupo criminal, armado y organizado, aquel conjunto de personas armadas y organizadas al margen de la ley, que realizan operaciones ilegales repetidas sobre una parte del territorio nacional, sin ningún móvil ni finalidad política, cuyo nivel de hostilidades, armamen-

to disponible y capacidad ofensiva supera las que supone la delincuencia común, los disturbios y tensiones interiores y requieran la acción armada de las Fuerzas Militares por cuanto afectan o ponen en peligro a la ciudadanía y a las instituciones, y por tanto se requiere la acción armada de las Fuerzas Armadas.

Así mismo, deben tener una organización y un mando que ejerce liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional.

A sus integrantes no les serán aplicables los procesos de desmovilización previstos en la Ley 418 de 1997 con sus respectivas prórrogas y modificaciones.

Artículo 3°. Con el fin de mantener la integridad del territorio nacional y defender el orden constitucional, las Fuerzas Militares de la Nación deberán diseñar, desarrollar, ejecutar y conducir operaciones militares que permitan combatir efectivamente los grupos criminales, armados y organizados, sin perjuicio de las operaciones a cargo de la Policía Nacional.

Artículo 4°. En la investigación y juzgamiento de las conductas sancionables atribuidas a los miembros de la Fuerza Pública, realizadas en cumplimiento de cualquier tipo de operación destinada a combatir los grupos criminales, armados y organizados, se aplicarán -por mandato expreso de esta ley- las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Artículo 5°. El Gobierno Nacional identificará los grupos criminales, armados y organizados, que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 2° de la presente ley y autorizará a través del Ministerio de Defensa Nacional, las operaciones necesarias para darle cumplimiento a esta ley.

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

Juan Lozano Ramírez,

Senador de la República.

Antecedentes

El presente proyecto de ley fue radicado el pasado 22 de agosto de 2012 bajo el número 97 de 2012 Senado, remitido por competencia a la Comisión Primera del Senado donde se designó como ponente al Senador Armando Benedetti. Sin embargo, teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Defensa radicó el Proyecto de Ley Estatutaria número 268 Senado y 611 que reglamentaba los artículos 116 y 221 de la Constitución Nacional relativos al fuero militar y a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, cuyo contenido plasmaba los fines de esta iniciativa, de común acuerdo con el ejecutivo se resolvió dejar un solo texto y avanzar en el proyecto Estatutario, permitiendo el archivo de esta iniciativa.

El pasado 23 de octubre de 2013, en Sentencia C-740/13, la Corte Constitucional declaró la inexecutable por vicios de trámite del Acto Legislativo 2 de 2012, el cual reformaba los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política, y daban el fundamento jurídico a la ley Estatutaria del Fuero Militar, lo que ocasionó que las normas de la presente iniciativa que fueron incorporadas en la norma estatutaria, perdieran vigencia.

En virtud a lo anterior y convencido de que las medidas aquí desarrolladas requieren recuperar su vigencia legal, presento nuevamente el presente proyecto de ley en el cual incorporamos las definiciones relevantes que estaban consignadas en el texto presentado por el Gobierno Nacional, para que sea discutido al interior del Congreso Nacional.

La necesidad y pertinencia del proyecto han quedado refrendadas con los trabajos de investigación y estudio adelantados en el curso Cidenal 2013, en el grupo especializado constituido para tal efecto, dentro de la Escuela de Guerra, las conclusiones del trabajo de grupo y las recomendaciones para proceder, en consecuencia, se han incorporado a este proyecto.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Hoy por hoy, a las Bacrim y en general, a los grupos criminales, armados y organizados, se les enfrenta con las mismas armas, con la misma capacidad

ofensiva, con los mismos cuerpos que, en términos generales, se usa para enfrentar a los delincuentes del barrio. El Ejército Nacional, por ejemplo, no puede enfrentar las Bacrim como enfrenta a las guerrillas y no se puede emplear a plenitud la capacidad ofensiva del Estado para combatir este flagelo.

Las Bacrim y más ampliamente los distintos grupos de crimen organizado tienen estructuras complejas, financiación producto de actividades ilícitas que se usa también para reproducirlos; disponen de armamentos complejos y sofisticados, privativos de las Fuerzas Armadas, tienen armas largas, como las han tenido las guerrillas y han logrado una notable capacidad de intimidación, extorsión y chantaje desde su lógica criminal en extensas y diversas zonas del país.

No podemos seguir con las limitaciones que hoy nos afectan frente a este fenómeno, ni podemos tampoco, ingenuamente, condenar a nuestros compatriotas a que las Bacrim o cualquier banda criminal organizada, hoy o mañana siga ejerciendo su poderío criminal sin una respuesta eficaz del Estado.

Es por ello que el presente proyecto, consultado en su espíritu con el Gobierno Nacional y con el apoyo explícito del Presidente de la República a su propósito, tal y como lo expresó el día 14 de agosto ante el pleno de la bancada de Senadores del Partido de la U y con el acompañamiento del Ministerio de Defensa, busca habilitar al Ejército, a la Fuerza Aérea y a la Armada Nacional para que puedan combatir los grupos criminales, armados y organizados.

Es por lo anterior que mi firma como Senador de la República al presentar este proyecto, entraña también mi condición de Presidente del Partido de la U, y para estos efectos, representante de nuestra bancada que concurre conmigo en este empeño.

Está claro que las Bacrim y las organizaciones criminales análogas son expresión sofisticada de la delincuencia común, vinculada en la gran mayoría de los casos con el narcotráfico y actividades ilegales, y que no las anima ningún propósito ideológico. Son organizaciones criminales. Por esa razón, dada su naturaleza, no son sujetos directos del Derecho Internacional Humanitario. Ni deben serlo. Son delincuentes comunes, repito.

No obstante, para que se puedan combatir con toda eficacia por el bien de la sociedad colombiana, no existe talanquera jurídica de ninguna clase, para que el legislador, habida consideración de la inmensidad de su peligro criminal y su capacidad letal ejercida contra los colombianos, habilite a las Fuerzas Armadas, al Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada para que les puedan enfrentar, desarticular y derrotar. Este no es solamente, un problema de Policía y de seguridad ciudadana barrial. Es un problema de Estado.

Y es que, fue el propio Ministro Juan Carlos Pinzón quien confirmó la envergadura del reto que enfrenta el Estado colombiano por cuenta del fortalecimiento de estructuras criminales armadas y organizadas que a lo largo de los años han ido adquiriendo distintas denominaciones y que hoy son conocidas como "Bacrim".

En efecto que "Las Bacrim están cada vez más armadas", como le dijo el Ministro Pinzón al diario

*El Universal*¹, le impone al Estado la necesidad de revisar su estrategia para enfrentar el crimen organizado. Y para evitar malas interpretaciones, abusos o confusiones en la aplicación de la presente ley el artículo 2° y el artículo 5° de la misma establecen que los grupos criminales, armados y organizados a los que se refiere el proyecto son conjuntos de personas armadas y organizadas al margen de la ley que realizan operaciones ilegales repetidas sobre una parte del territorio nacional, sin un móvil o finalidad política, cuyo nivel de hostilidades, armamento disponible y capacidad ofensiva afectan o ponen en peligro a la ciudadanía y a las instituciones. Se establece también que a sus integrantes no les serán aplicables los procesos de desmovilización previstos en la Ley 418 de 1997 con sus respectivas prórrogas y modificaciones.

De esta manera, queda claro que es en consideración a su nivel de hostilidades, a su armamento disponible y a su capacidad ofensiva y de causarle daño a la sociedad y a las instituciones que es procedente y necesaria la tramitación de esta iniciativa sin que ella implique en modo alguno modificar la condición criminal de estas organizaciones, ni concederles ningún tipo de estatus diferente. Y es por la misma razón que de manera expresa se advierte que no podrán desmovilizarse y que no se les pueden aplicar las normas contempladas en la Ley 418 de 1997, con sus respectivas prórrogas y modificaciones.

OBJETO DEL PROYECTO

Por lo anterior, el presente proyecto de ley busca habilitar a las Fuerzas Militares para que en virtud del cumplimiento de sus deberes constitucionales, de mantener la integridad del territorio nacional, defender el régimen constitucional y salvaguardar la soberanía nacional de amenazas internas, use todo su accionar en el enfrentamiento de uno de los mayores flagelos generadores de violencia que azotan a la Nación, como son las acciones criminales realizadas por estructuras armadas que aunque ajenas a la aplicación directa del Derecho Internacional Humanitario, ocasionan una destrucción tal y representan una amenaza capital que requiere el uso infranqueable de la fuerza militar con el fin de defender los derechos a la libertad, la paz, la vida y honra de los nacionales.

Es obligación irrenunciable del Estado colombiano salvaguardar la integridad de la Nación y proteger el Estado constitucional contra cualquier amenaza que limite los derechos fundamentales de los colombianos, lucha que no puede entenderse sin las Fuerzas Militares como aliadas de defensa del orden constitucional que constituye el pilar fundamental de una Nación libre.

Como ya se ha dicho en los últimos años, el Estado ve cómo la actividad delincinencial de algunas organizaciones delictivas ha venido creciendo de manera desmesurada y junto con ello, el poder de daño de los grupos criminales ha venido en ascenso, por lo que se requiere contrarrestar sus acciones ilegales y violentas mediante el uso de estrategias y operaciones que anulen su poder destructivo.

Uno de los deberes fundamentales del Estado colombiano es mantener la seguridad como un bien común y un derecho de la sociedad, que redunde en el progreso de la Nación. Por ello es necesario que el territorio nacional no sea flanqueado para consumir acciones que atentan contra la vida, la salud, la libertad, la integridad física y el patrimonio de los nacionales. En este orden, la seguridad de los colombianos integra no solo la protección física y moral de las personas individualmente consideradas, sino que incluye un concepto más amplio referido a la protección y progreso de una sociedad.

No obstante lo anterior, durante buena parte del siglo XX la Nación vivió un clima de inseguridad generalizado que hacía muy difícil el crecimiento económico del país y el bienestar social de los colombianos, ello debido a una presencia estatal débil en las zonas rurales que permitió el auge de los grupos armados ilegales quienes encontraron en estas zonas, condiciones aptas para ejercer su poder criminal, incubando la violencia frente a sus habitantes, como medio de presión para obtener resultados económicos, producidos por uso de cultivos ilícitos, producción de droga, secuestros y captura de las rentas públicas entre otros muchos actos punibles justificados con banderas políticas o lucha armada.

Lo anterior, se convirtió en un hecho desestabilizador del Estado, tanto que se llegó a mencionar que estábamos frente a una captura criminal de nuestro territorio, y a un Estado fallido, lo que obligó a concentrar esfuerzos en cabeza de la Fuerza Pública que lograran mitigar la ya muy difícil situación de inseguridad que vivía el país.

En la última década, dichos esfuerzos rindieron unos frutos muy favorables para el país, por primera vez los grupos armados al margen de la ley estuvieron replegados y fueron diezmados ostensiblemente, cuestión que junto con las políticas de reinserción y desmovilización crearon un ambiente de seguridad que en años anteriores se veían muy lejanos.

No obstante, el desmonte del paramilitarismo no logró acabar con el negocio millonario del narcotráfico y dejó muchos espacios de ingresos financieros a la deriva que pronto serían llenados por algunos exmiembros de las antiguas autodefensas, con el fin de continuar el negocio ilícito excluyendo el factor dogmático o político con el que se justificaba su anterior actuar, y así se produjo el advenimiento de grupos con fines criminales que buscan recobrar y aumentar el negocio criminal del narcotráfico que otros dejaron tras las desmovilizaciones o las bajas, reproduciendo estructuras de poder local con el fin de lucrarse del negocio del narcotráfico.

Estas organizaciones traen consigo las mismas costumbres de operación y violencia heredadas del actuar paramilitar, su fuerza armada está encaminada

¹ "Las Bacrim están cada vez más armadas": Juan Carlos Pinzón. El Ministro de Defensa, Juan Carlos Pinzón, advirtió que actualmente el país tiene que afrontar nuevos retos en materia de seguridad como son las bandas criminales, que definió como las conformadas por miembros de grupos de desmovilizados, especialmente descendientes del paramilitarismo y aseguró que los miembros de estos grupos están cada vez más armados. Tomado de <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/las-bacrim-estan-cada-vez-mas-armadas-juan-carlos-pinzon-78389>.

a intervenir los territorios y sus ciudadanos, factores determinantes para el narcotráfico en la medida en que el negocio requiere la toma de las zonas con el fin de realizar el cultivo ilícito, instaurar los laboratorios que permiten el procesamiento de los narcóticos y controlar un corredor que facilite el tráfico de los insumos y rutas para la extracción hacia el destinatario final.

En efecto, está comprobado, como se expresará más adelante, que estas bandas potencian su actuar criminal con elementos propios de un ejército irregular: usan uniformes, poseen armas de asalto o armas largas, tienen campamentos, conforman estructuras jerarquizadas, poseen capacidad de combate y de acciones concertadas, y además en ocasiones se encuentran asociadas con los grupos insurgentes, lo que hace muy difícil la distinción entre unos y otros. Estas particularidades hacen que dichos grupos se alejen de las características propias de los grupos de delincuencia común y deban ser incluidas, más bien, dentro de aquellas fuerzas con capacidad de desestabilización del Estado, lo que requiere de una acción estatal concertada y completa que incorpore a las Fuerzas Militares.

En conclusión, dadas las características de los grupos criminales armados y organizados, cualquiera que sea su denominación, se hace necesario que la Fuerza Militar realice las operaciones que considere pertinentes, dentro del respeto a la integridad jurídica nacional e internacional y en defensa de los principios constitucionales y la institucionalidad del Estado colombiano. De lo contrario, se corre un peligro de ausencia o insuficiencia de control estatal en muchos de los territorios donde estas organizaciones tienen su sede criminal, hecho este que en otros tiempos colaboró al auge y enquistamiento de la guerrilla que habrían de convertirse en el peor de los flagelos en nuestro país.

GRUPOS CRIMINALES ARMADOS Y ORGANIZADOS

Es innegable que a partir de las desmovilizaciones de los diferentes frentes de las autodefensas se han desarrollado nuevas fuerzas criminales² con estructuras militares organizadas, y sobre todo con participación de mandos medios que nunca se desmovilizaron o que en busca de recuperar el poder territorial perdido se rearmaron³. Las estructuras de estas bandas emergentes distan mucho de lo que en su momento significaron las autodefensas y son una consecuencia de un complejo proceso de desmovilización que aunque eficaz nunca logró desactivar el influjo negativo del narcotráfico, la extorsión y demás actividades delictuales que representaban una fuente de financiamiento y poder sin precedente.

En este sentido, aunque las prácticas y tácticas militares de las bandas emergentes y las autodefensas sean similares en su generalidad, debido a su for-

mación militar inicial, existen claras diferencias entre una y otra. Al respecto, el Segundo Informe de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación menciona:

“Los informes regionales y la observación nacional realizada por la CNRR constató que los nuevos grupos armados ilegales se expandieron y consolidaron en varias regiones, de forma que en medio de las disputas referidas también se registran reagrupamientos, pero no a partir de un solo centro ni de una nueva forma de coordinación federal -al estilo AUC-, sino de distintos centros de poder en pugna. Por tanto, entre ellos se entrecruzaron dinámicas de coordinación e integración y choques cruentos que generan verdaderas guerras locales en varias regiones, con expresiones rurales más amplias y urbanas en varias ciudades importantes.

Hay que advertir que el contexto es distinto en muchos aspectos al del surgimiento de las AUC: las circunstancias, dinámicas del conflicto armado, tipo de actores en juego y posibilidades de apoyos sociales, políticos y de espacios de búsqueda de legitimación. Las AUC se conformaron a partir de las ACCU en un momento de fortaleza y expansión del paramilitarismo, con fuertes nexos e intereses compartidos con sectores del narcotráfico, conformación de alianzas diversas con algunos sectores del poder local o regional, con grados de colaboración o permisividad de agentes de la Fuerza Pública y estatales y mediante masivos y graves ataques contra la población campesina en zonas de presencia histórica de la guerrilla. Las AUC enarbolaron un discurso y unas acciones antilibertarias que en varias regiones que conllevaron a algunos enfrentamientos con las guerrillas. En contraste, ahora entre los grupos emergentes referidos no hay un proyecto ni un sector hegemónico, predomina la disputa por territorios y rutas del narcotráfico, no se perfila un discurso político ni está prevista una ofensiva contra las guerrillas y pesa en la conciencia ciudadana, antes que cualquier justificación a su actuación, el horror por la revelación de la acción del paramilitarismo contra la población campesina. Además, la relación es distinta con los frentes guerrilleros, bien de confrontación por territorios, población e intereses o bien de convivencia y acuerdos a partir de mutuos intereses de preservar el control territorial, lucrarse del narcotráfico u otras economías y acciones ilegales y por compartir riesgos ante el ataque de las fuerzas estatales.⁴

No obstante lo anterior, es claro que la génesis de estos grupos criminales armados y organizados está íntimamente ligada a los movimientos contra-insurgentes⁵ y su evolución da cuenta que estas or-

⁴ <http://es.scribd.com/doc/48448516/bacrim>.- pág. 55.

⁵ “Actualmente, estos grupos están liderados tanto por familiares (hijos, primos, etc.) de ex jefes paramilitares extraditados o capturados (Jeison, hijo de alias “Salomón” en Córdoba, hijos de Hernán Giraldo en Santa Marta; alias “el Primo”, primo de Don Berna en Córdoba), como por segundos o terceros mandos de antiguos bloques o frentes de las AUC (alias “Cuchillo” en los Llanos; alias “Sebastián” en el sur de Córdoba y Bajo Cauca antioqueño) que se quedaron o regresaron a sus regiones de origen y conformaron estructuras armadas post-desmovilización o por líderes externos o articuladores mandados de otras regiones para buscar

² “Informes de Inteligencia revelan que desmovilizados han creado 21 nuevos grupos para penetrar, entre otras, las grandes ciudades.”, <http://www.derechos.org/nizkor/corru/doc/bacrim.html>. 11 de Junio de 2006.

³ Human Rights Watch, Herederos de los paramilitares. Disponible en web: <http://www.hrw.org/es/reports/2010/02/03/herederos-de-los-paramilitares>, pág. 10.

ganizaciones armadas no son una simple expresión de delincuencia común, sino que en el campo y estructura militar, en su forma de financiación y su poder de destrucción, entre otros factores, son los mismos que practicaban las antiguas Autodefensas, lo que los convierten en verdaderos actores de violencia con implicaciones de amenaza al Estado de Derecho.

El estudio en mención expone las semejanzas de las Autodefensas con los nuevos grupos criminales organizados. Indica que sus estructuras de mando son similares y en muchos casos son los mismos jefes, implementan acciones contra la población civil que van desde homicidios hasta desplazamientos, que su ejército adquiere funciones de control local e implementa formas de coerción contra los habitantes, las autoridades poblacionales, sus instituciones e inclusive miembros de la Fuerza Pública y su financiación se construye a partir de todo el proceso narcotraficante, que va desde la producción hasta la comercialización de la droga.

CAPACIDAD MILITAR DE LOS GRUPOS CRIMINALES ARMADOS Y ORGANIZADOS

Una característica importante señalada en el estudio en mención es la disposición “*de arsenales de armas, municiones y explosivos, recursos logísticos y líneas de aprovisionamiento, capacidad destructiva y de adquisición y renovación de armamento, compra masiva de pertrecho y disposición de amplios recursos*”⁶.

En el mismo sentido, menciona que la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, advierte no solo sobre la evolución de estos grupos criminales, sino la continuidad de los mismos luego de las desmovilizaciones:

“**Estos grupos están fuertemente armados**, tienen organización militar y mandos responsables y disponen de capacidad para ejercer control territorial y adelantar acciones militares contra otros actores armados. Son un factor activo en la intensidad del conflicto armado, con consecuencias directas y graves para la población civil. Se ha recibido información que sugiere nexos, aquiescencia o tolerancia de algunos miembros de la Fuerza Pública en acciones atribuidas a algunos de estos grupos”⁷.

Otro factor importante que hace de la fuerza de estos grupos una amenaza al Estado es que poseen conocimiento en las tácticas de guerra, heredados de los antiguos entrenamientos y prácticas que realizaban los grupos de autodefensas.

Al respecto, es sabido que estos grupos contrainsurgentes fueron entrenados para la ofensiva, como

apoderarse de nuevas rutas del narcotráfico en regiones particulares (el caso de los Paisas en Córdoba y la Troncal Caribe)”. Tomado de Observatorio Internacional DDR - Ley de Justicia y Paz Tercer Informe Colombia parte DDR. Pág. 125.- Disponible en: http://www.toledopax.org/uploads/CITpax_Tercer_Informe_Colombia_parte_DDR.pdf.

⁶ Ibídem. Pág., 71.

⁷ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia”, 28 de febrero de 2008, p. 22.

un ejército irregular, su formación estaba enmarcada en el ataque, defensa, táctica y estrategia militar en el marco de un enfrentamiento hostil armado.

En este sentido, a propósito de la ley de justicia y paz, muchos contrainsurgentes confesaron no solo los execrables crímenes que se cometían en la dinámica de la guerra, sino que también salía a la luz pública las formas como se entrenaban sus miembros. El informe publicado en el portal web verdad abierta, titulado “las escuelas para matar de los paras” que se transcribe como apoyo, se evidencia cómo la instrucción militar era un auténtico entrenamiento para la guerra:

“Durante la versión libre del 27 de octubre, José Efraín Pérez Cardona, alias ‘Eduardo 400’, uno de los primeros jefes militares del Bloque Centauros, contó detalles sobre cómo las Autodefensas se prepararon para la guerra, montando especies de escuelas de formación para sus combatientes que luego realizarían masacres, desplazamientos y otros crímenes.

Según este exparamilitar los entrenamientos duraban entre 15 y 20 días y se hacían en fincas aisladas de las autoridades.

Señaló que esos días eran “la pesadilla sin fin”, debido a la intensidad de los entrenamientos, en los que se adiestraba militar y políticamente a los hombres que entraban a estas escuelas, para que “hicieran quedar bien a las Autodefensas de Urabá” en cualquier sitio al que fueran trasladados.

En el mismo informe publicado, se menciona que las Autodefensas tenían escuelas de formación militar, en donde se desarrollaban los entrenamientos de sus miembros:

“La 35

La primera escuela de formación paramilitar que mencionó ‘Eduardo 400’ fue la finca conocida como La 35...

El exparamilitar contó que en 1997 entrenó alrededor de dos mil hombres en ese sitio. Para esa fecha la finca contaba con 100 hectáreas, dos casas, pastos y ganado. Estaba ubicada entre los corregimientos El Tomate y San Pablo, en Antioquia.

‘Eduardo 400’ explicó que una loma fue utilizada para los entrenamientos de los paramilitares. En este lugar establecieron una plaza de armas en la que daban la instrucción política y una pista de obstáculos en la que se hacían ejercicios físicos y militares. Además, señaló que en la parte alta de la montaña había una antena repetidora y usaron una frecuencia especial para sus comunicaciones.

...

Según este exparamilitar, alias ‘JL’ era el comandante instructor de La 35, mientras que ‘Óscar’ y ‘Alexis’, quien también era conocido como ‘Corazón’, eran los encargados de la parte política. Agregó que ‘Corazón’ fue asesinado por la guerrilla en el nordeste antioqueño, y que en honor a él, crearon en Los Cristales una escuela paramilitar llamada Corazón.

En esta escuela se entrenaba a hombres de diferentes bloques de las AUC. ‘Eduardo 400’ mencionó que se entrenaron a paramilitares del Bloque Norte y de Chocó. Igualmente, dijo que procedentes de los

Llanos se entrenaron a cinco o siete paramilitares que sirvieron como guías en la incursión que los paramilitares hicieron a Mapiripán, Meta.

...

Acuarela el ex jefe paramilitar también se refirió a otro campo de entrenamiento conocido como “Acuarela”.

Según ‘Eduardo 400’, esta escuela paramilitar fue creada a principios de 1998 y ‘Doble Cero’ le puso este nombre porque significaba Adiestramiento de Cuadros y Reentrenamiento de las Autodefensas.

Indicó que esta finca tenía alrededor de 10 hectáreas y estaba ubicada en la vía entre El Tomate y San Pablo, Antioquia.

La escuela era especial porque en ella se entrenaban a todos los paramilitares que tenían rangos de mando, los cuales eran denominados como cuadros. El ex jefe paramilitar explicó que en este lugar los “comandantes de escuadra, de contraguerilla, de compañía, de frente y de bloque” recibían **entrenamientos especiales en estrategia y táctica militar.**

En esta escuela, entre mayo y junio de 1998, ‘Eduardo 400’ **dio cursos de comunicaciones, brújula y cartografía.** Explicó que los paramilitares tenían un sistema de comunicación por radio denominado IOC, **el cual consistía en asignarle números a órdenes y lugares para comunicarse entre sí.**

Pérez Cardona contó que a esta escuela eran enviados de diferentes regiones del país “personal con capacidad de liderazgo”. Entre ellos nombró que alias ‘Cuchillo’ fue enviado de Guaviare y que los Buitrago enviaron a ‘Careloco’ y ‘Choroto’, entre otros.

Escuelas en los Llanos

‘Eduardo 400’ dijo que en octubre de 1997, en una finca conocida como Brasil, ubicada a tres o cuatro horas de Puerto Gaitán, Meta, los paramilitares hicieron una sola jornada de instrucción en la que se entrenó alrededor de 140 paramilitares.

...

Según Pérez Cardona, el ‘Sargento Cataplúm’ fue quien escogió la finca Brasil como el sitio ideal para entrenar a los 90 hombres de las ACCU y los 40 de ‘Don Diego’, que hicieron parte de esta escuela paramilitar. Agregó que los hombres de Urabá estuvieron en la masacre de Mapiripán, “los comandantes de escuadra pasaron por mis manos. Los de Cartografía”, señaló durante la versión libre.

Sobre el ‘Sargento Cataplúm’, el versionado dijo que fue el encargado de dar las instrucciones sobre explosivos y fue sargento del Ejército.

Trapos Sucios

Otra escuela que montaron los paramilitares en los Llanos, fue conocida como La 39 o Trapos Sucios. Este último nombre surgió porque en los alrededores, entre Caño Camoa y La Bendición, Meta, vivían unos niños que mantenían con sus ropas sucias.

Contó que el entrenamiento a los paramilitares duró entre seis y ocho meses. Además, que para no dañar los uniformes camuflados, usaban unos de co-

lor azul oscuro que él mandó a hacer en un pueblito llamado San Ignacio, en donde “teníamos unos talleres de confección”.

Señaló que en este lugar asesinaron a un paramilitar conocido como ‘El Guajiro’ porque supuestamente era un infiltrado del Ejército. “Ahí le di la orden a ‘El Costeño’ que le diera de baja a un muchacho que era infiltrado”, agregó. Según ‘Eduardo 400’, durante un descanso, a ‘El Guajiro’ se le salió un comentario que lo delató.

...

Pantano de Vargas

‘Eduardo 400’ le puso ese nombre porque cuando llovía se formaba un charco muy grande. Esta escuela estaba ubicada en una finca cerca al río Manacías.

El ex jefe paramilitar dijo que esta era una escuela de formación permanente, en la que inicialmente se entrenaba a los nuevos combatientes con fusiles de madera, y posteriormente, **cuando estaban bien capacitados, les asignaban fusiles de verdad.**

Pérez Cardona dijo que se enteró en prisión que en 2001 a los paramilitares de esta escuela “les hicieron un operativo porque los identificó un avión fantasma. Luego pasaron la escuela a Cachamas”⁸.

Como se observa, los miembros de las autodefensas tuvieron un entrenamiento militar completo, que en ningún caso se compara con la capacidad de un delincuente común. Por ello dado que sus integrantes son excombatientes de las autodefensas, su preparación es militar y requiere que la fuerza de respuesta tenga la misma preparación, de lo contrario el Estado se encontraría en desventaja militar.

Capacidad de reclutamiento

Otra de las razones por las cuales es necesario contrarrestar este flagelo es la capacidad de reclutamiento que tienen estos grupos, pues desde que su empresa criminal nació ha venido tomando cada vez más fuerza por el paso del tiempo, sus estructuras armadas están conformadas cada vez por más hombres⁹, lo que hace que la Fuerza Pública tenga un mayor reto en su desarticulación.

Al respecto, la acción de la Fuerza Pública ha sido efectiva y contundente, sin embargo el flagelo es tan grande y maneja intereses ilícitos de tan alta complejidad que en palabras del exdirector de la Policía pese a las 13 mil capturas realizadas desde el año 2006 las bandas criminales se han convertido en el más grande reclutador del país¹⁰.

Para tener una idea de su capacidad de reclutamiento frente a la capacidad de acción de la Fuerza Pública, en un informe realizado por Indepaz sobre cifras oficiales de estos grupos menciona:

“La segunda duda versa sobre el interés de presentar con insistencia resultados exitosos en la lucha

⁸ <http://verdadabierta.com/justicia-y-paz/1909>

⁹ “Las Bacrim tendrían unos seis mil hombres, en seis estructuras”. Tomado de: <http://www.semana.com/noticias-nacion/bacrim-tendrian-unos-seis-mil-hombres-seis-estructuras/150361.aspx>. 18 de enero de 2011.

¹⁰ <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/nosotros-podido-desmantelar-el-fenomeno-de-las-bacrim-policia-55638>

contra las Bacrim a partir de las capturas, dejando en segundo plano quizás el más preocupante, la escalada de su número de integrantes. Operaciones como Troya y Orión han ofrecido éxitos por su alto número de capturas, que son efecto del mencionado despliegue de Fuerza Pública a las zonas afectadas. Dos documentos recientes del Ministerio de Defensa (*Informe del Ministerio de Defensa al Congreso y Logros de la Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad*, de julio y diciembre de 2011, respectivamente), hacen alarde de resultados positivos. Sin embargo, continuando con el ejercicio comparativo entre el número de integrantes de los dos bandos por año, hay sospechas acerca de su efectividad¹¹.

Año	Incremento pie de fuerza Policía	Número de integrantes
2007	140.174	-
2008	144.842	1.988 a 2.000
2009	148.595	3.749
2010	154.552	3.749
2011	161.085	4.154 ¹²

De este cuadro podemos extraer claramente que pese al incremento de la Fuerza Pública y las acciones de la Policía Nacional, entidad encargada de enfrentar este flagelo, la capacidad de reclutamiento de estas organizaciones criminales sigue en aumento. En el cuadro que antecede se observa que entre el 2010 y el 2011 existe un aumento de 405 integrantes pese a que la Policía Nacional mencionó la captura de 13 mil miembros de estos grupos¹³. Esto evidencia que pese a los enormes esfuerzos que se están desatando, los grupos criminales se encuentran aumentando en forma dinámica, demostrando una muy alta capacidad de regeneración y reorganización. En consecuencia se requiere buscar otras estrategias que permitan su destrucción.

Este mismo estudio, nos enseña el aumento de los miembros de los principales grupos criminales armados, evidenciando aún más su capacidad de reclutamiento. El caso más emblemático es el de los Urabeños, donde se ejemplifica cómo entre el 2008 y el 2009 aumentaron sus reclutamientos en más de mil hombres¹⁴:

¹¹ <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2012/05/Sobre-las-cifras-oficiales.pdf>

¹² No obstante de acuerdo con cifras oficiales para el 2010 los integrantes de bacrim ascendían a 5.711 – ver nota 30 y pág. 32.

¹³ Palabras del General Óscar Naranjo, Director de la Policía Nacional hasta el año 2012. Sacado de <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-314479-13-mil-capturas-y-no-hemos-logrado-desmantelar-bandas-criminales>

¹⁴ No obstante estos datos es importante aclarar que el establecimiento de cifras puede llegar a ser inexacto pues estos grupos no paran de reclutar miembros al tiempo que sufren bajas o capturas, adicionalmente es difícil saber el grupo al que pertenece pues existen diferentes modalidades de participación en las bandas emergentes, lo cual hace más difícil la identificación de sus miembros, que incluyen combatientes, sicarios, reclutadores, informantes o colaboradores ocasionales, que no trabajan necesariamente a tiempo completo para esas estructuras. Un ejemplo de vinculación más flexible es la de algunos desmovilizados mototaxistas, que pueden prestar servicios de informantes o de sicarios de manera esporádica para cualquier estructura, sin necesariamente ser miembros orgánicos de ella. Tomado

B a - crim	2008			2009			2010			2011		
	Dep- to	Mn- pios	Inte- grantes	Dep- to	Mn- pios	Inte- grantes	Dep- to	Mn- pios	Inte- grantes	Dep- to	Mn- pios	Inte- grantes
R a s - trojos	-	-	-	9	48	1.257	9	48	1.257	11	62	1.849
U r a - beños	-	18	332	8	95	1.351	8	95	1.351	10	92	1.304
Países	-	12	110	6	26	350	6	26	350	2	4	149
Águi- las N.	-	25	366	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Erapac	-	16	570	4	22	637	4	22	637	3	10	690

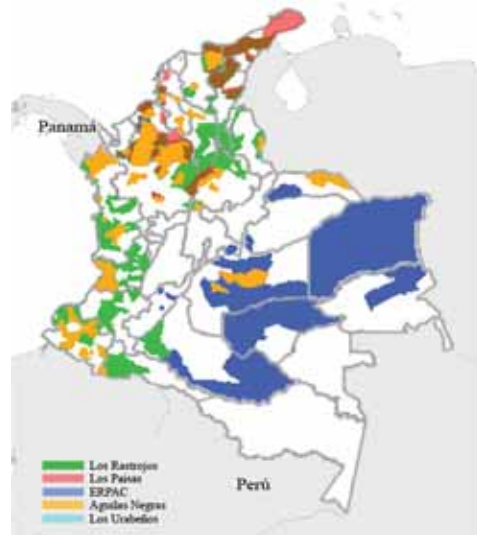
INFLUENCIA TERRITORIAL

Los grupos criminales armados y organizados buscan tener influencia territorial sobre parte del espacio físico de la Nación.

En el contexto del poder territorial no solo se busca el dominio de los territorios como un espacio geográfico, lo que se requiere para ejercer una verdadera territorialidad es el dominio de los objetos, las mercancías, las redes de información, el intercambio económico, y mecanismos orientados a conseguir control sobre los pobladores.

De acuerdo con esto, estos grupos no solo buscan ocupar un lugar del territorio colombiano que les permita realizar sus actividades ilícitas, sino que a través de su poder armado y con la utilización de mecanismos de terror, influyen eficientemente en la economía de sus pobladores, en su forma de actuar y de pensar, de tal manera que se granjean su apoyo y los constriñen para ser parte, directa o indirecta, de su actuar criminal, quienes ante su capacidad armada y la ausencia de protección estatal¹⁵ quedan sujetos a las acciones arbitrarias de los grupos armados.

La presencia de estos grupos en el territorio colombiano es más que preocupante, pues se encuentran distribuidos en gran parte del país, donde ejercen su poder criminal:



16

de Observatorio Internacional DDR - Ley de Justicia y Paz Tercer Informe Colombia parte DDR. Pág. 125.- http://www.toledopax.org/uploads/CITpax_Tercer_Informe_Colombia_parte_DDR.pdf

¹⁵ La existencia del poder territorial en manos de un grupo armado se da en buena parte por la debilidad del Estado para garantizar su presencia y proteger la legitimidad de las instituciones en algunas regiones del país, condiciones que se consideran como tierra abonada para el surgimiento de la criminalidad.

¹⁶ Tomado del artículo “los “nuevos” paramilitares de Colombia”. Disponible en <http://naritoons.wordpress.com/2011/07/11/los-nuevos-paramilitares-de-colombia/>

Uno de los casos más emblemáticos reportado al país, que expone una auténtica influencia territorial fue el desarrollado por el denominado grupo criminal “Los Urabeños”, en el paro armado que afectó los municipios de Valencia y Tierralta en el Alto Sinú; Montelíbano, San José de Uré y Ayapel en el Alto San Jorge; San Pelayo en el Medio Sinú, todos en el departamento de Córdoba. Apartadó, Carepa, Turbo, Necoclí, Chigorodó y Arboletes en el Urabá antioqueño, Istmina, Condoto, en el Chocó, Las Ánimas y San Juan, Guaranda y Majagual en la Mojana sucreña, Achí y San Jacinto del Cauca en la Mojana bolivarense¹⁷.

En efecto, durante el paro armado que fue ordenado por los miembros de este grupo mediante la distribución de panfletos, se ocasionó la suspensión del comercio, el transporte y demás servicios en los municipios mencionados, lo que da una idea del inmenso poder territorial que tienen estos grupos. El periódico *El Universal* informa sobre el paro armado en algunos municipios del Departamento de Córdoba así:

“EL PARO

Los municipios de Córdoba lucen como verdaderos pueblos fantasmas. De hecho, llegar a las poblaciones ha sido complejo para la prensa, pues en algunos puntos de las vías hay informantes que le anuncian a los pocos conductores osados, que “deben retornar a sus lugares de origen, por su bien”.

Tierralta. En un punto conocido como el Puente de Betancí, en la vía que de Montería conduce al municipio de Tierralta, Los Urabeños atravesaron un camión impidiendo el paso. A los pocos minutos la autoridad desbloqueó. En Tierralta el comercio no abrió. Reina el silencio en la zona.

Valencia. Kilómetros más adelante el paso está bloqueado para ir a Valencia. Es ruta obligada para llegar a este municipio del Alto Sinú, cruzar el río en planchón, pero ninguno de ellos está prestando el servicio. En las orillas de la carretera las cantimploras de leche se pierden porque las empresas no hicieron la recolección del alimento que diariamente realizan desde las fincas hasta las plantas procesadoras.

Montería. Las busetas de la empresa Metrosinú, que presta sus servicios a la zona rural, se vio obligada a suspender el servicio porque dos carros fueron baleados en el sitio conocido como Santa Lucía, a escasos 20 minutos de la zona céntrica de la ciudad.

Municipios costaneros. En Moñitos, un retén de las Bacrim intentó impedirle el paso a la prensa. La comunidad manifestó que teme por lo que pueda suceder, porque están demasiado aislados de la capital”.

El siguiente mapa muestra la enorme influencia de este grupo a lo largo del país:



En efecto, el paro armado realizado por Los Urabeños¹⁹ logró desarticular 26 municipios en 4 depar-

¹⁸ Tomado de: <http://enajenacion.wordpress.com/2011/01/02/%C2%BFparamilitares-desmovilizados-en-colombia/>

¹⁹ Ha sido tan abundante la referencia a estos grupos que información sobre los mismos está disponible incluso en el diccionario electrónico de acceso universal ‘Wikipedia’ disponible de manera abierta en la red. Basten para demostrarlo esta y las citas siguientes. “Según la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), la agrupación insurgente cuenta con 1300 integrantes y 560 redes criminales.^[10]

Los máximos jefes del grupo paramilitar son los hermanos Dairo Antonio Úsuga David, alias Otoniel y Juan de Dios Úsuga David, alias Giovany, este último muerto en combate con la Policía Nacional y por el cual se ofrecía una recompensa de 2,5 millones de dólares por su captura.^{[14][13]} Mientras que su hermano alias Otoniel es buscado por el gobierno de Colombia, el cual ofrece la suma de 2000 000 000 de pesos por información que permita su captura.^[16] Relevaron todas las actividades criminales del entonces narcotraficante Daniel Rendón Herrera, alias Don Mario,^[15] impulsor de varias organizaciones al margen de la ley, entre las que se encuentran las llamadas Águilas Negras, Autodefensas Gaitanistas de Colombia y el Bloque Héroes de Castaño.^{[17][18]}

Entre sus actividades delictivas se encuentra el tráfico de droga, masacres y asesinatos a la población civil y a miembros de la Fuerza Pública como la Policía Nacional,^{[19][20][21][22]} las vacunas extorsivas o el llamado “impuesto revolucionario”,^{[23][24]} secuestro,^[25] extorsión,^[26] atentados terroristas por medio de bombas (granadas de fragmentación),^[27] el desplazamiento forzoso de la comunidad civil y campesina^{[28][29]} y el reclutamiento indiscriminado de menores de edad.^[30] Según fuentes oficiales de las autoridades nacionales, la banda llegó a operar en 181 municipios del territorio colombiano.^[31]

El grupo mantiene una fuerte rivalidad contra otras bandas emergentes entre las que figuran Los Paisas y Los Rastrojos. Los enfrentamientos se deben al control del territorio del departamento de Córdoba, así como del tráfico de estupefacientes.^[32] Según varias informaciones del Gobierno, el grupo paramilitar mantiene nexos con la guerrilla de las FARC en el procesamiento y el tráfico de drogas.^[32] Según la Policía Nacional y la DEA Los Urabeños exportan cocaína

¹⁷ Los urabeños demuestran su poder regional. El “paro armado” convocado por Los Urabeños como represalia por la muerte de Juan de Dios Úsuga, alias ‘Giovanni’, provocó el colapso del comercio y el transporte en zonas de 6 departamentos. Tomado de <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/50-rearmados/3773-urabenos-demuestran-su-poder-regional/>

tamentos del país, lo que demuestra no solo un gran poder territorial sino que evidencia la verdadera influencia municipal de este grupo ejercida sobre una parte de la Nación, máxime cuando para la realización del presente paro bastaron unas advertencias escritas distribuidas como panfletos.

Esta impresionante capacidad de paralización municipal amenaza el orden constitucional vigente en la medida en que no es la libertad de movilización, derecho constitucionalmente reconocido el que impera en los lugares influenciados, sino que amenaza con la existencia de un contra Estado que ejerce una influencia mayor sobre algunos de los municipios del país, generando una desintegración del territorio de la Nación.

La influencia municipal ejercida por las fuerzas armadas ilegales pone a sus pobladores ante dos panoramas funestos y contrarios al fin constitucional nacional; o se someten a un quebrantamiento de sus derechos y libertades individuales, apoyando a los grupos irregulares, mediante la colaboración de sus economías criminales o sufren desapariciones forzadas, tortura, desplazamiento y demás prácticas coercitivas que suelen usar este tipo de grupos.

Lo anterior demuestra un panorama de ruptura en los derechos sociales, económicos y culturales individuales, que desgarran el orden social y menoscaban el desarrollo de la Nación en la medida en que deja la hegemonía y el control de los recursos de territorio a los intereses de estructuras armadas, en franca contravía con el orden constitucional.

Pero el poder de estos grupos armados no se limita al ejercido por Los Urabeños, en el extenso territorio colombiano encontramos varios tipos criminales organizados, a continuación exponemos la zona de influencia de los más importantes, dentro del territorio nacional:

EJÉRCITO REVOLUCIONARIO POPULAR ANTICOMUNISTA COLOMBIANO-ERPAC: Pese a que de acuerdo con informaciones oficiales, este grupo depuso sus armas, es importante mencionar que ejercía control sobre territorios de los departamentos de Arauca, Caquetá, Guainía, Casanare, Vichada, Guaviare y Meta.²⁰

hacia toda América Central por medio de sumergibles contruidos de forma artesanal.^[34] también envían cocaína a diversos carteles mexicanos.^[14]

²⁰ Wikipedia: **ERPAC**. Está liderado por los Narcotraficantes Pedro Oliviero Guerrero Castillo alias "Cuchillo" y Daniel Barrera Barrera alias el "Loco Barrera". Es el heredero de los espacios tanto militares como de narcotráfico del Bloque Centauros de las Autodefensas Unidas de Colombia, comandado por el asesinado jefe paramilitar Miguel Arrollave, cuya muerte se le atribuye a los líderes de esta organización. La sorpresiva desmovilización de este grupo y el poco cubrimiento por parte de los medios de comunicación colombianos que recibieron los grupos paramilitares, han hecho que la población civil que incluso haya llegado a dudar de la propia existencia del ERPAC (recordando la falsa desmovilización del bloque Cacica Gaitana de las Farc).

El Erpac opera en la región de la Orinoquía, y cuenta con un número de 725 hombres armados.^[1] Actualmente se disputa el territorio con la guerrilla de las Farc, por el



21

LOS PAISAS: Este Grupo tiene una marcada influencia en los departamentos de Antioquia, Atlántico, Sucre, Bolívar, Córdoba, Cesar, La Guajira y Magdalena.²²

control de los cultivos de Coca, a pesar de que Daniel, el "loco" Barrera, inició su vida en el crimen de la mano con las Farc.

²¹ *Ibidem* Nota 15. Pg. 19.

²² Wikipedia: **Los Paisas** es una banda criminal colombiana con base principal de operaciones en la ciudad de Medellín, proveniente de los restos de los grupos paramilitares que se desmovilizaron durante las conversaciones de paz con el gobierno en el periodo 2004-2006^[1]. El nombre "Los Paisas" se origina del apodo que suele utilizarse para los locales de Antioquia, dado que fue concebida y sus integrantes son principalmente oriundos de la región Paisa.

Origen. El capo que alguna vez controló el bajo mundo de Medellín, Diego Fernando Murillo, alias 'Don Berna', creó grupos de matones urbanos y ex paramilitares para combatir las fuerzas de la guerrilla, controlar sus rutas de tráfico de drogas y eventualmente enfrentarse con otros líderes paramilitares como Daniel Rendón Herrera, alias 'Don Mario'^[1]. Esta red de 'Don Berna' fue llamada la Oficina de Envigado, o simplemente "la Oficina". A raíz de la extradición de Berna en el 2008, esta milicia rural se separó de "la Oficina" y comenzó a lanzar ofensivas cada vez más furiosas contra las fuerzas de Rendón, que fueron apodados más tarde, "Los Urabeños". Los Paisas y los Urabeños siguen enfrentándose, incluso después del arresto de Rendón en 2008.

Operaciones. En el frente de seguridad los paisas son despiadados, eliminando a sus enemigos y, a veces, las familias de sus enemigos en un intento de infundir miedo. El grupo se conforma por muchos jóvenes asesinos que crecieron en las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Muchos de ellos no conocen otra vida que la de la guerra casi constante. Reclutan a los paramilitares que se desmovilizaron, en su mayoría antiguos entre 2004-2006. Su modus operandi es por lo tanto similar a la de un grupo paramilitar, su trabajo en las ciudades y pequeños pueblos tratando de controlar los flujos de drogas hacia la costa donde las venden a las organizaciones que cuentan con infraestructuras más grandes y pueden mover las drogas a nivel internacional; las autoridades apuntan a acuerdos con la banda criminal mexicana Los Zetas. También controlan el "microtráfico" en las áreas bajo su



23



25

LOS RASTROJOS: Su influencia está en los departamentos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Caquetá, Cesar, Córdoba, Chocó, La Guajira, Magdalena, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Santander, Sucre y Valle²⁴.

ÁGUILAS NEGRAS: Se caracterizan por su enorme influencia en departamentos que tienen aterrorizados como Antioquia, Arauca, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cauca, Córdoba, Chocó, Bogotá, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Quindío, Risaralda, Santander, Sucre y Valle²⁶.

mando, así como extorsiones a los negocios locales y fincas.

Actualidad. A pesar de las ambiciones de expansión, los Paisas siguen estando fuertemente concentrados en la región paisa, a saber, Antioquia¹¹¹. Sin embargo, también tienen presencia, aunque menor, en La Guajira, Córdoba, Bolívar, Sucre y Cesar. En este contexto, Los Paisas han puesto sus ojos en la destrucción de Los Urabeños a toda costa. Para este fin, Los Paisas pueden haber llegado a acuerdos con otros grupos de narcotraficantes, entre ellos algunos frentes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

²³ *Ibidem* Nota 15. Pg. 19.

²⁴ Wikipedia: “**Rondas Campesinas Populares (RCP)** es el nombre que recibe el grupo armado ilegal de la organización criminal de Luis Enrique Calle Serna en las escenas de Paramilitarismo y Conflicto armado en Colombia, así como recibe el nombre de los “**Rastrojos**” en la escena del Narcotráfico en Colombia, el cual hoy en día se usa más para referirse a esta organización. Es uno de los 4 grupos narcoparamilitares más poderosos del país, junto al ERPAC de “Cuchillo” y el “Loco Barrera”, “Los Urabeños” y las ya desmovilizadas Águilas Negras de Don Mario.”

Historia

Las **RCP** o los “**Rastrojos**” fueron el grupo contrainsurgente creado por el Narcotraficante Wilber Varela alias “Jabón”. Fue uno de los 2 ejércitos del Cartel del Norte del Valle, junto con “Los Machos” del Narcotraficante Diego León Montoya Sánchez alias “Don Diego”, con el que tuvo enfrentamientos a causa de la enemistad entre “Jabón” y “Don Diego”. Los Capos del Cartel tomaron la medida de crear estos ejércitos para evitar las desventajas militares que se pudieran presentar en casos de posibles diferencias con los grupos armados ilegales con los cuales en muchas ocasiones hicieron alianzas, en este caso, los ultraizquierdistas ELN y FARC, y las ultraderechistas AUC. Tras las capturas de alias “Don Diego”, alias “Chupeta”, y los principales lugartenientes de alias “Jabón”, las cuales contribuyeron a la desaparición del Cartel del Norte del Valle, el grupo desapareció, como así también sucedió con los “Machos”. Pero cuando ex-miembros de las

ya desmovilizadas Autodefensas Unidas de Colombia volvieron a las armas, estos resurgieron para tomar los espacios dejados por los Narcotraficantes del Cartel del Norte del Valle y de los frentes y bloques de las Autodefensas que operaban en la zona, mediante alianzas con la guerrilla de las Farc, y bajo el liderazgo de ex-miembros de muy poca importancia del desaparecido Cartel del Narcotráfico, que hoy en día son unos de los más buscados de Colombia, como es el caso de los hermanos Luis Enrique y Javier Antonio Calle Serna, y de Diego Pérez Henao alias “Diego Rastrojo”.

Organización y actividades

Actualmente los “**Rastrojos**” (**RCP**) cuentan con un número de 1.200 militantes, y operan en todos los departamentos de la Costa Pacífica Colombiana y en Antioquia. Tras la desaparición del grupo de los “Machos”, ahora los “**Rastrojos**” se enfrentan a nuevos enemigos, entre ellos, su anterior aliado, la guerrilla de las Farc, y otras bandas emergentes de ultraderecha al igual que ellos. Investigaciones del gobierno señalan que el principal objetivo de los “**Rastrojos**” es tomar el control de los cultivos de Coca que ahora hay en el departamento de Nariño, hecho que ha llevado a que la zona sea un territorio disputado entre “**Los Rastrojos**”, la banda de Los Paisas del extraditado jefe paramilitar alias “Don Berna” y el consolidado anillo FARC-Águilas Negras.

²⁵ *Ibidem* Nota 15. Pg. 19.

²⁶ Wikipedia: *Las Águilas Negras están asociadas con los carteles de la droga y envueltas en actividades ilícitas como el tráfico de drogas, la extorsión, el robo, los secuestros y el terrorismo. Estos grupos también atacan a miembros de la guerrilla y personas sospechosas de simpatizar con ellos. Una de las personas acusadas de liderar a las Águilas Negras es uno de los que fueran líderes y fundadores de las AUC, el paramilitar Vicente Castaño, también conocido con el alias de El Profe,¹¹¹ quien se convirtió en fugitivo después de la desmovilización de los grupos paramilitares cuando fue acusado del asesinato de su propio hermano, el líder paramilitar Carlos Castaño. Según algunas versiones, Vicente supuestamente fue asesinado en Antioquia por órdenes de algunos de los desmovilizados jefes*



27

ESTRUCTURAS DE MANDO

Otro tema importante para discutir es la capacidad de estas organizaciones de tener siempre un mando jerarquizado que hace que la actuación de Estado parezca débil frente a su capacidad de recomponerse, no obstante, las bajas y capturas realizadas por la Fuerza Pública²⁸. De acuerdo con información oficial la Fuerza Pública ha realizado operaciones con resultados que en teoría parecerían satisfactorias en la medida en que muchos de los jefes de estas organizaciones han sido sacados del escenario criminal, sin embargo estas operaciones parecen no haber logrado desarticular sus estructuras.

paramilitares de las AUC recluidos en la cárcel de máxima seguridad de Itagüí.^[2]

Las Águilas Negras aparecieron primero en las ciudades de Cúcuta y Ocaña en el departamento de Norte de Santander, fronterizo con Venezuela. Alrededor de los meses de abril y mayo del 2006, junto a otros grupos que inicialmente se identificaban a sí mismos como "Águilas" de diferentes colores, incluídas las "Águilas Rojas", "Águilas Doradas" y "Águilas Azules". Otros grupos criminales usando el nombre de las Águilas Negras expandieron sus operaciones en otros departamentos de Colombia, principalmente en Santander, Cesar, Caquetá y Antioquia. El 18 de octubre de 2006 el Presidente Alvaro Uribe Vélez solicitó la captura de los miembros de los grupos formados por desmovilizados de las Autodefensas Unidas de Colombia.^{[3][4]} El gobierno incluso ordenó la creación de un nuevo Bloque de Búsqueda en contra de las Águilas Negras y calificó a esta nueva organización como una pandilla de antiguos paramilitares.^[5]

²⁷ *Ibíd*em Nota 15. Pg. 19.

²⁸ 70 cabecillas de primer y segundo nivel, entre ellos Juan de Dios Úsuga, alias Geovanny, máximo cabecilla de los Urabeños, quien fue dado de baja en un operativo realizado el 1º de enero de 2012, en Acandí, Chocó y el narcotraficante Maximiliano Bonilla Orozco, alias 'Valenciano' -cabecilla de la banda criminal la 'Oficina de Envigado-', y de una organización de sicarios que desde Barranquilla coordinaba homicidios especialmente perpetrados en Cesar, Bolívar, Magdalena y Atlántico y la muerte de 37 de sus miembros por acción de la Fuerza Pública entre otros.

Lo anterior, se debe a que algunas de estas estructuras ejercen su mando de manera cohesiva o por facciones, como el caso de las águilas negras, que permite confundir y dilatar su mando, pues funciona de forma descentralizada. El caso de otras estructuras como los paisas indica que pese a los arrestos de sus cabecillas el mando sigue de acuerdo a su jerarquía interna y su accionar no se ve permeado con la captura de sus líderes.

De acuerdo a lo expuesto, vemos como estos centros de poder criminal tienen plena capacidad de amenaza para el Estado de Derecho, lo que nos lleva a concluir que llegar a calificar a estos grupos criminales como meras estructuras de delincuencia común no obedecería a su realidad, pues sus acciones criminales, su eficaz crecimiento, su capacidad militar y su estructura jerarquizada, hacen de ellas un grupo complejo y variable que requiere de una absoluta coordinación de la Fuerza Pública para mancillar sus estructuras y defender a la Nación de esta amenaza a la democracia que pese a la ausencia de móviles políticos, sí consiguen expandir su control territorial amparadas en la fuerza de economías ilegales y su capacidad de amenaza a la población.

De acuerdo a lo expuesto, es claro que estamos frente a una nueva dinámica de la violencia colombiana, que no por nueva es inverosímil, por el contrario quedamos frente a un diferente y subestimado estamento de poder criminal e influencia territorial que se viene consolidando con mucha fuerza y dinamismo. Así lo señaló el presidente Juan Manuel Santos al reconocer que las Bacrim son una verdadera amenaza para la seguridad nacional²⁹. En este sentido, el presente proyecto de ley busca extinguir este nuevo flagelo con la experiencia militar del Estado.

Al respecto, es importante aclarar que el presente proyecto de ley está en plena sintonía con las políticas de protección y garantías a los miembros de nuestra Fuerza Pública para que actúen con todo rigor y eficiencia frente a los actores armados, acompañados de plenas garantías en el uso de las armas. Por ello las disposiciones del proyecto mencionan la necesidad de que el Gobierno Nacional en cabeza del Presidente de la República como jefe supremo de las Fuerzas Armadas expida un manual operativo que permita a nuestros miembros conocer cuáles son las características particulares de aplicación de la fuerza frente a las diferentes ofensivas criminales, a fin de tener seguridad en su accionar.

En este sentido, el Segundo Informe de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación menciona:

"La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en sus informes anuales de veeduría sobre la evolución

²⁹ Informe "Política y violencia en 2011, las cuentas no son tan alegres". Dice el informe que el presidente Santos, al principio de su administración, definió a las "BACRIM" como la principal amenaza a la seguridad e intentó diseñar una estrategia para combatirlas. Fuente: <http://democraciaenlared.wordpress.com/2012/03/27/las-bandas-criminales-y-la-ley-de-victimas/>

de la situación en DIDH y DIH en Colombia, ha consignado con preocupación la continuidad de grupos armados ilegales luego de las desmovilizaciones colectivas de las estructuras de las AUC en departamentos como Meta, Vichada, Guaviare y Nariño, con la consideración de que en varios casos (entre ellos refirió a ‘Nueva Generación’ y ERPAC), constituyen grupos armados organizados en el contexto del conflicto interno y advirtió que, según su observación de lo ocurrido, persistían nexos con miembros de la Fuerza Pública, es decir, expresiones típicas de continuidad de la acción de grupos paramilitares.”.

En todo caso, cualquiera que sea la denominación de estas bandas, se requiere un marco que permita enfrentar el crimen organizado hoy, y en el futuro, independientemente de las mutaciones de nombre y forma que puedan sufrir.

DATOS OFICIALES

Con la intención de estructurar el presente proyecto de ley, se solicitó información oficial al respecto, al Ministerio de Defensa Nacional, quien aportó los siguientes datos oficiales que aunque no guardan una uniformidad numérica exacta con la anterior exposición, fundamentan la necesidad de las disposiciones contenidas en la parte normativa del presente escrito.

Del informe oficial³⁰ destacamos los siguientes datos relevantes:

BANDAS EXISTENTES EN COLOMBIA Y SUS ZONAS DE OPERACIÓN:

BANDA CRIMINAL	ZONAS DE INFLUENCIA
BANDA CRIMINAL DE URABÁ	Antioquia, Bolívar, Cesar, Chocó, Córdoba, Guajira, Magdalena, Norte de Santander y Sucre
BANDA CRIMINAL RENACER	Chocó
BANDA CRIMINAL LOS MACHOS	Valle del Cauca
BANDA CRIMINAL LOS RASTROJOS	Antioquia, Bolívar, Valle del Cauca, Cauca, Cesar, Chocó, Córdoba, Guajira, Magdalena, Nariño, Norte de Santander y Sucre
DISIDENCIAS ERPAC	Meta y Vichada

NÚMERO DE HOMBRES PERTENECIENTES A LAS DIFERENTES BANDAS CRIMINALES:

BANDA CRIMINAL	Número de integrantes BACRIM			
	2011 (agosto)	2012 (febrero)	Porcentaje	Diferencia
LOS RASTROJOS	3.230	2.085	-35.4%	-1.145
URABÁ	1.589	1970	23.9%	381
DISIDENCIAS ERPAC	717	560	-21.9%	-157
RENACER	122	140	14%	18
LOS MACHOS	24	55	129%	31
LOS PAISAS	29	0	0	0
Total	5.711	4.810	-15.3%	-901

Fuente: C2 BACRIM / febrero 2012

NÚMERO DE NEUTRALIZACIONES Y CAPTURAS DE MIEMBROS DE LAS DIFERENTES BANDAS CRIMINALES:

Banda Criminal de Urabá	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	197	593	1.136	1.367	949	4.232
Muertes en procedimiento policial	1	12	9	7	7	36

Banda Criminal Los Paisas (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	219	513	452	365	100	1.649
Muertes en procedimiento policial	2	2	3	2		9

Banda Criminal Los Rastrojos	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	142	739	905	1.125	607	3.518
Muertes en procedimiento policial	3	5	4	10	3	25

Banda Criminal Los Machos	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	15	34	5	39	12	104
Muertes en procedimiento policial						0

Banda Criminal Los Traquetos (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	12					12
Muertes en procedimiento policial						0

Banda Criminal Cacique Pipinta (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	15					15
Muertes en procedimiento policial						0

Banda Criminal Aguilas Negras de Caquetá (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	27					27
Muertes en procedimiento policial	1					1

Banda Criminal Los Nevados (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	58					58
Muertes en procedimiento policial	3					3

Banda Criminal Auto. Campesinas Casanare (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	21					21
Muertes en procedimiento policial						0

Banda Criminal Magdalena Medio (D. Caldas) (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	41	1				42
Muertes en procedimiento policial						0

Banda Criminal de Caquetá (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	20					20
Muertes en procedimiento policial						0

Banda Criminal Aguilas Negras de Antioquia (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	90					90
Muertes en procedimiento policial	1					1

Banda Criminal Aguilas Negras ó S. de Bolívar (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	100					100
Muertes en procedimiento policial						1

Banda Criminal Aguilas Negras de N. Santander (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	46					46
Muertes en procedimiento policial	1					1

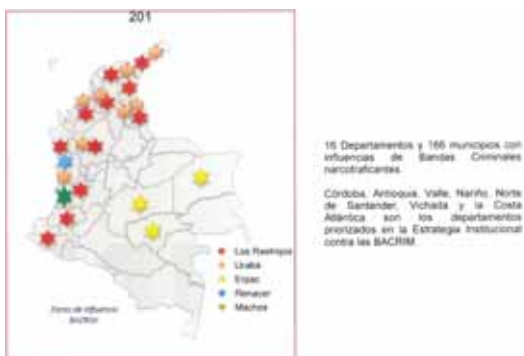
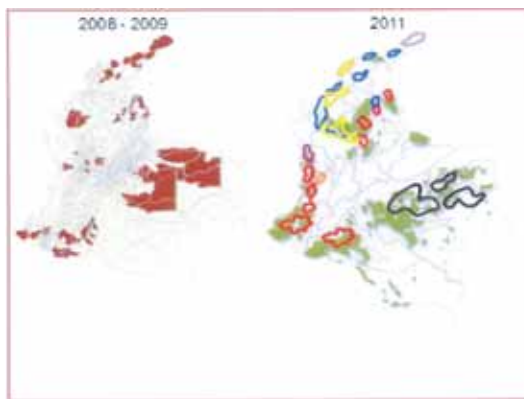
Banda Criminal Alta Guajira (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	1	4	6	6		17
Muertes en procedimiento policial						0

³⁰ Respuesta derecho solicitud de información con Radicado número 72693 MDN-DMSG-1-10 recibido el 13 de agosto de 2012.

Banda Criminal del Cesar (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	110					110
Muertes en procedimiento policial						0
Banda Criminal Bloque Llanero del Casanare (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	7					7
Muertes en procedimiento policial						0
ERPAC "Ejército Revolucionario Popular Antiterrorista Col.	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	117	148	109	103	126	603
Muertes en procedimiento policial	1		2			3
Banda Criminal Nueva Generación (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	47	42				89
Muertes en procedimiento policial	3	4				7
Banda Criminal ACUN (Renacer)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	45	54	61	50	31	241
Muertes en procedimiento policial		1				1
Banda Criminal Golfo de Morrosquillo (Desarticulada)	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	1					1
Muertes en procedimiento policial						0
Total	2008	2009	2012	2011	2012	Total
Capturas	1.344	2.118	3.674	3.054	1.825	11.011
Muertes en procedimiento policial	16	24	18	19	10	87

INFLUENCIA DE LAS BANDAS CRIMINALES DESDE EL AÑO 2008 AL 2012:

Al respecto menciona el Ministerio de Defensa que las Bacrim tienen una influencia criminal que en el año 2008 comprendía 185 municipios y para el año 2012 se ubican en 166 municipios:



CLASES DE ARMAS USADAS POR LAS BANDAS CRIMINALES:

Por último, es muy importante destacar que de conformidad con la información aportada, las bandas criminales poseen armas largas, de asalto y con

gran poder de destrucción que fundamenta con mayor razón el uso de operaciones que permitan su desarticulación:

BANDA CRIMINAL	CLASE DE ARMAMENTO
BANDA CRIMINAL DE URABA Y LOS PAISAS	Fusiles AK-47, 7.62 MM, M16, COLT 5.56 MM, lanza granadas M79, morteros DE 60 MM, granadas de fragmentación, pistolas 9 MM, ametralladoras M60 STANDARD, armas automáticas UZI, MINI UZI, INGRAM y pistolas FIVESEVENT.
DISIDENCIAS ERPAC	Ametralladoras, lanza granadas de 40 Y 60 MM, escopetas, morteros, granadas, fusiles AK-47, 7.62 MM, M16, COLT 5.56 MM.
LOS RASTROJOS	Fusiles AK-47, 7.62 MM, M16, COLT 5.56 MM, pistolas, revólver, granadas de fragmentación, lanza granadas M79, morteros, ametralladoras, escopetas, UZI, MINI UZI e INGRAM.
LOS MACHOS	Pistolas, revólveres y fusiles

En efecto, tal como se deriva de la propia información oficial, la capacidad criminal de estos grupos criminales armados y organizados es inmensa y exige, para la defensa de los ciudadanos, que la Fuerza Pública se emplee a fondo para desmantelarlas con eficacia, y evitando la incertidumbre jurídica que luego puede traducirse en penosos procesos contra los hombres que visten los uniformes de la patria. La Policía ha hecho un esfuerzo importante. Se han logrado avances. Se han producido algunas capturas significativas. Pero sin este marco, el Estado no podrá lograr el desmonte urgente, contundente y pleno de estas organizaciones criminales que siguen sembrando desolación y muerte en nuestro país.

De los honorables Senadores

Juan Lozano Ramírez,
Senador de la República.

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

El día 29 del mes de octubre del año 2013 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 133 de 2013 Senado, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Senador *Juan Francisco Lozano Ramírez.*

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL
Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 29 de octubre de 2013

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el **Proyecto de ley número 133 de 2013 Senado, por medio del cual se dictan medidas para combatir los grupos criminales armados y organizados, dentro del territorio nacional,** me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por el honorable Senador Juan Lozano Ramírez. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Segunda Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 29 de octubre de 2013

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

Cúmplase.

Presidente del honorable Senado de la República,
Juan Fernando Cristo Bustos.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

* * *

PROYECTO DE LEY NÚMERO 134 DE 2013
SENADO

por la cual se implementa una acción afirmativa que garantiza la estabilidad laboral reforzada a servidores públicos en estado de discapacidad.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese el siguiente artículo 52A a la Ley 909 de 2004.

Los servidores públicos que a la entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren nombrados en provisionalidad dentro de las entidades u organismos a los cuales se les aplica el sistema de carrera general o los sistemas específicos y especiales, no podrán ser separados de su cargo, salvo por las causales contenidas en la respectiva ley de carrera, si cumplen alguna de las siguientes condiciones:

1. Ser Madre o Padre cabeza de familia con hijos en estado de discapacidad física o cognitiva.
2. Estar en condición de cualquier tipo de discapacidad.
3. Sufrir enfermedad que implique tratamiento continuo o de tipo terminal, mantendrán su vinculación laboral hasta la culminación del tratamiento respectivo o la muerte.

Artículo 2°. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”.



“Locos, furiosos y mentecatos” fueron algunas de las palabras utilizadas por el Código Civil colombiano para hacer alusión a las personas con discapacidad. Durante más de cien años, estos términos, que en tiempos recientes se reconocen como ofensivos, estuvieron de boca en boca sin que alguien levantara su voz en contra.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua aceptó el adjetivo “discapitado”, proveniente de la palabra inglesa disabled, hace más de diez años y también lo utiliza como sustantivo.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), las personas con discapacidad representan

más de la décima parte de la población colombiana, cerca de 12%, que es el promedio para Latinoamérica.

En Colombia, según el DANE, en el Censo de 2005, de cada 100 colombianos 6,4 tienen una limitación permanente. De cada 100 personas con limitación, 43,5 tienen dificultades para ver; otras 29,3 tienen limitaciones permanentes para caminar o moverse. Otros 17,3 tienen limitaciones para oír; 14,7 para usar brazos y manos y 12,9 limitaciones permanentes para hablar; 12 permanentes para entender o aprender; 9,8 para relacionarse con los demás, 9,4 tienen limitaciones permanentes para su autocuidado y 18,8 presentan otro tipo de limitación permanente.

Adicionalmente, como resultado del conflicto armado, se ha cuantificado la existencia de aproximadamente 6.000 sobrevivientes de las minas antipersonales, ello sin contar el número de integrantes de la Fuerza Pública que han sufrido algún tipo de lesión.

Carlos Alberto Parra Dussán

El concepto de discapacidad ha evolucionado desde una perspectiva biomédica hacia una visión más amplia y de carácter social (integración social) que involucra el entorno, la sociedad y la cultura.

El problema de discapacidad no es una enfermedad o atributo de la persona, esta condición incluye elementos que se relacionan con la presencia de prácticas, factores sociales y culturales negativos que limitan la integración social de las personas, que afectan el reconocimiento, el desarrollo de las capacidades y funcionalidades como individuos pertenecientes a la sociedad. Esta situación menoscaba la capacidad económica de la familia (aumentando la vulnerabilidad de la misma) al tener esta que disponer de mayores recursos en la manutención y cuidados de una persona potencialmente productiva, que no lo es debido a factores sociales y culturales.

CONPES 80 de 2004

ADVERTENCIA PREVIA

ESTE PROYECTO SE TRATA DE UNA ACCIÓN AFIRMATIVA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como quiera que la pretensión de otorgar estabilidad laboral a empleados provisionales, (dentro de los cuales hay empleados en estado de discapacidad) se ha intentado tenaz y sucesivamente con dos proyectos de ley y dos actos legislativos, es necesario preguntarnos de manera previa;

“Si el presente proyecto es una reproducción parcial de los conatos normativos anteriores, (que finalmente terminaron frustrados en los predios y con la argumentación jurisprudencial de la Corte Constitucional), en especial por la norma establecida en el artículo 243 de la Constitución que prohíbe; “reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”, o si la actual iniciativa es la presentación nueva por parte de la pobla-

ción en estado de discapacidad de una solicitud de estabilidad laboral reforzada¹ fundamentada de manera integral, distinta, específica y con una unidad normativa diversa”

La argumentación siguiente, demostrará principalmente que con el presente proyecto no se reproduce el **contenido material** de los actos jurídicos declarados inexecutable por razones de fondo; y de manera subsidiaria, la invisibilidad a que están sometidas estas personas y este tema en Colombia.

Se presenta un Proyecto de ley número 117 de 2007 Senado, 171 de 2007 Cámara y otro Proyecto de ley número 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara y dos actos legislativos el 1 de 2008 y el 4 de 2012: los dos actos legislativos no mencionaron a las personas en estado de discapacidad, razón suficiente para decir sucintamente que esta simple constatación nos libera de argumentación alguna en torno a la posible vulneración del artículo 243 de la Constitución con relación a estos actos legislativos.

Como se verá posteriormente en el Proyecto de ley número 117 de 2007 Senado la discapacidad no se tuvo en cuenta en el proyecto presentado originalmente, pero después se incluyó en las modificaciones² que adicionaron los debates; **El gobierno a pesar de que lo objeta no lo sustenta**. En el segundo proyecto se incluye desde el principio a esta población pero **el gobierno no la objeta**.

El tema de la discapacidad estuvo presente en estos proyectos **formalmente**, para todos los intervinientes en el trámite legislativo; tanto para el proyecto mismo en el que no se utiliza **integralmente** la fundamentación relacionada para esta población (quedando englobada en la genérica de los provisionales que la Corte ha rechazado reiteradamente), ni la argumentación propia desde la igualdad material³; el gobierno mismo, no sabemos si por descuido o falta de interés, desde el marco finalístico de su rechazo por estos proyectos, nada⁴ ha dicho de la **estabilidad laboral reforzada** específicamente para las personas en estado de discapacidad; tampoco los intervinientes, ni la misma Corte Constitucional tan pródiga en argumentos y explicaciones; tiene un comportamiento tangencial sobre este tema, tocando principalmente el tema en dos ocasiones⁵; de lo cual concluimos dos cosas; Primero, ratificamos la invi-

sibilidad de este tema sobre el cual hay indiferencia hasta para rechazarlo o existe una posición favorable de la Corte y el gobierno para concederle a esta población la estabilidad laboral reforzada, por lo cual se debe presentar de nuevo el proyecto configurándolo de manera íntegra, específica y relacionada con los temas constitucionales y jurisprudenciales que le son consustanciales; es decir haciendo un proyecto de ley específico para esta población y con la argumentación constitucional y jurisprudencial no incluida en las anteriores iniciativas.

Revisemos la argumentación contenida en las dos sentencias que declaran inexecutable los proyectos precitados; empecemos con la C-901/08;

Prosigamos con los apartes de la sentencia pertinentes a la discapacidad;

“No desconoce la Corte que el artículo 4° del proyecto plantea una diferenciación respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación que suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica”.

“Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio del cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso”.

“En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad por lo cual mal podría decirse que la excepción planteada en el artículo 4° que se objeta sea razonable o que exista proporcionalidad entre el medio escogido y los fines perseguidos, máxime cuando la misma Ley 909 resolvió la dificultad al prescribir en su artículo 52 que:

¹ Las pasadas fueron de estabilidad laboral a secas; lo de reforzada define y delimita un ámbito distinto relacionado con la igualdad material, acciones afirmativas, discriminación positiva, etc.

² Con el requisito de un tiempo para la pensión.

³ C-765-12 “Resulta evidente que el proyecto de ley que se examina versa, precisamente, **sobre un derecho fundamental, que no es otro que la igualdad**, consagrado en el artículo 13 de la Carta y, específicamente, sobre lo que se establece en el inciso 2° de esta norma superior, pues lo que se busca es **crear condiciones materiales que permitan hacerla real y efectiva, en beneficio de un grupo específico (las personas en situación de discapacidad), tradicionalmente ignorado en cuanto a sus necesidades especiales”.**

⁴ A una objeción no sustentada; que nos muestra su falta de interés o su no oposición a que esta población pudiera acceder a dicha estabilidad.

⁵ En la C-640 de 2012 y en la C-901-08 en la que la confrontación constitucional no se hace considerando la iniciativa como una acción afirmativa, excluyendo de la misma (confrontación) contenidos normativos esenciales de la condición de discapacidad.

(...)

“La Comisión Nacional del Servicio Civil, en coordinación con las respectivas entidades del Estado, promoverá la adopción de medidas tendientes a garantizar, en igualdad de oportunidades, las condiciones de acceso al servicio público, en empleos de carrera administrativa, a aquellos ciudadanos que posean discapacidades físicas, auditivas o visuales, con el fin de proporcionarles un trabajo acorde con su condición.

En todo caso, las entidades del Estado, estarán obligadas, de conformidad como lo establece el artículo 27 de la Ley 361 de 1997 a preferir entre los elegibles, cuando quiera que se presente un empate, a las personas con discapacidad”.

No obstante, la Corte exhorta al legislador a que adopte medidas semejantes a las previstas en los incisos del artículo 52 de la Ley 909 de 2004 antes mencionados, que permitan a sujetos considerados de especial protección tales como las personas próximas a pensionarse.

Al considerar las disposiciones acusadas contrarias a los artículos 125, 13 y 40.7 de la Constitución Política, con base en las razones expuestas, se declarará la inexecutable de los artículos 1°, 4°, 7°, 8° y 9° del Proyecto de ley número 117 de 2007 Senado, 171 de 2007 Cámara.

Aclaración de voto del magistrado JAIME ARAÚJO RENTERÍA

En primer término, este magistrado considera que la discapacidad no puede ser la única razón para acceder y permanecer en un cargo de carrera, condición que sólo puede aducirse a favor para definir entre puntajes iguales obtenidos dentro de un concurso de méritos.

Sobre este tema, me permito observar que la Corte ha elaborado una jurisprudencia consistente en materia del mérito para ingresar y permanecer en la carrera administrativa, la cual se rompería con la permanencia de las personas discapacitadas únicamente en razón de dicha discapacidad y sin que se establezca un parámetro o porcentaje de disminución de la capacidad laboral. Además, es de observar que la norma remite al artículo 1° que se propone declarar inexecutable.

A este respecto, considero que para proteger a las personas discapacitadas, primero estas tienen que ganarse el concurso y en igualdad de condiciones darle la prelación. **Es decir, que se debe reservar un cupo para las personas con discapacidad al cual accederá el mejor de los concursantes.**

De otra parte, considero que otra cosa distinta es lo que pueda disponer el legislador en un futuro en aras de proteger a las personas con discapacidad, como puede hacerlo **estableciendo un cupo en la carrera para estas personas, pero para el cual las mismas tendrían que competir con otras personas en la misma condición.**

Sigamos con la Sentencia C-640/2012.

Gobierno Nacional objetó del **Proyecto de ley número 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, por la cual se implementa el retén social, que garantiza la estabilidad laboral a grupos vulnerables**

y se dictan otras disposiciones, el artículo 1° -salvo los literales b) y c)-, referentes a los servidores públicos con discapacidad o en situación de enfermedad crónica o terminal que se encuentran nombrados en provisionalidad, y el artículo 2° del proyecto de ley, por razones de inconstitucionalidad.

Ratificando lo anterior dice:

Finaliza, señalando que de acuerdo con pronunciamientos reiterativos de la Corte Constitucional frente a la primacía del mérito para acceder a la carrera administrativa y analizado el contenido del proyecto de ley de la referencia, el mismo contraría los artículos 13, 40 y 125 de la Constitución Política, en tanto *“no es procedente establecer a favor de los empleados provisionales, independientemente de su condición, privilegios o ventajas, toda vez que deben participar en igualdad de condiciones con todos los ciudadanos que cumplan con requisitos para aspirar u ocupar un cargo público, salvo los discapacitados y enfermos crónicos”.*

Lo que nos permite deducir que el gobierno acepta el derecho de los empleados con discapacidad a recibir este beneficio laboral en clave de modificación de la Ley 909 de 2004; sin embargo en este fallo hay unas referencias a la discapacidad en el contexto ya conocido, que a pesar de no tener objeción por parte del gobierno, vamos a citar:

“Sin embargo, en relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad⁶, nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial. Este, consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes. En cualquiera de las condiciones descritas no se otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial.^{7”}

Es claro que la Corte⁸ no permite juicios constitucionales interminables, por ello existe la cosa juzgada buscando seguridad jurídica y respeto por la confianza legítima impidiendo que una norma decla-

⁶ Sentencia SU-446 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Jorge Iván Palacio Palacio; SPV. Humberto Antonio Sierra Porto; AV. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁷ Así lo señaló la Corte en la Sentencia SU-446 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Jorge Iván Palacio Palacio; SPV. Humberto Antonio Sierra Porto; AV. Luis Ernesto Vargas Silva), al pronunciarse sobre el alcance del registro de elegibles que profirió la Fiscalía General de la Nación para las seis convocatorias que la entidad abrió en el año 2007 respecto de los funcionarios nombrados en provisionalidad que consideraban que tenían derecho a permanecer en sus cargos porque tenían una condición especial que obligaba a que se les brindase un trato preferente, por ejemplo, porque se hallaban en situación de discapacidad.

⁸ re

rada inexequible se reintroduzca en la normatividad vigente, todo ello relacionado íntimamente con la finalidad de hacer consistente y **dejar explícita las razones de las decisiones y su fundamento Constitucional**; conceptos(estos) inexistentes en las transcripciones anteriores de las Sentencias C-901/08 y 640 de 2012 relacionadas con la discapacidad, contentivas de descripciones, definiciones, decisiones, ponderaciones sin expresar cuáles son sus **bases constitucionales e incluso las razones de tales decisiones**, haciendo imposible la confrontación de las normas enjuiciadas y la constitución, por ello se echa de menos las referencias, a nuestro juicio obligatorias (no importa el sentido de la decisión), al bloque de constitucionalidad siendo este tema de la discapacidad una categoría de DDHH y tratada en múltiples tratados internacionales que obligan al Estado mayormente en clave de acciones afirmativas; En este caso pudiendo coincidir parcialmente la norma propuesta en la iniciativa con la declarada inexequible; no es el mismo contenido normativo, ni argumentación, ni contexto, razones para decir que no existe cosa juzgada en este tema.

El Magistrado MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO resume en el salvamento de voto a la Sentencia C-249 de 2012 los temas tratados en estas iniciativas.

“Así por ejemplo argumentos constitucionales de diferente tipo se encontraron presentes en la discusión. Entre ellos pueden enunciarse los referidos:

i) A la necesidad de considerar la primacía de la realidad sobre las formalidades atendiendo el extendido tiempo de vinculación que como provisionales habían tenido algunos funcionarios;

ii) **A los efectos que desde la perspectiva del derecho a la igualdad podría tener el no otorgamiento de un trato especial a tales funcionarios⁹**;

iii) A la necesidad de asegurar condiciones de trabajo dignas;

iv) Al impacto que podría tener una regulación como la propuesta en un sistema de carrera administrativa fundado en el mérito, y

v) A la importancia de considerar la irregular situación propiciada por un tardío desarrollo de los concursos públicos, lo que condujo a que se encontraran en situación de provisionalidad numerosos funcionarios”.

Nuestra opinión

Es necesario tener claro que la discapacidad es una categoría constitucional (es un tema que incluso aparece en el índice temático de la página web de la Corte) íntimamente relacionada con: la igualdad material como valor, la discriminación positiva y negativa, la estabilidad laboral reforzada, derecho fundamental, Bloque de Constitucionalidad, DDHH, acciones afirmativas (el Estado colombiano se obliga a tomar acciones afirmativas), solidaridad, etc.; temas ausentes en la discusión dada con las iniciativas anteriores.

⁹ En estas consideraciones se engloban a los empleados con discapacidad en unos argumentos genéricos y cuando se hace de manera específica se deja por fuera de la argumentación el contenido normativo que le es propio como acciones afirmativas, igualdad material, discriminación positiva, etc.

Al introducir temas intrínsecamente relacionados con la discapacidad, no existe la posibilidad fáctica ni jurídica de concluir¹⁰ que la pretensión de estabilidad laboral “**reforzada**”¹¹ **de esta población fuera discriminatoria**, ya que el artículo 5° numeral 3 de la Ley 1346 de 2009 contentiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 expresa la siguiente prohibición:

“No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

Al contrario de las conclusiones jurisprudenciales expresadas para declarar inexequible las iniciativas anteriores, que consideran la pretensión de los provisionales como un acto de discriminación y vulneración del principio de igualdad como lo expresan los siguientes apartes:

• **Criterios subjetivos o irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen, o cuando se acude a motivos ocultos, preferencias personales, o animadversión o a criterios de tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión política o filosófica, para descalificar al aspirante**¹²”.

• Vulneración crasa del principio de igualdad cuando la jurisprudencia misma de la Corte ha reconocido consistentemente la discriminación a que históricamente está sometida esta población, es decir, a la falta de igualdad que les ha dado el derecho a que el Estado tome a su favor **acciones afirmativas**; como la solicitud de la estabilidad laboral reforzada.

• Promoción automática a la carrera, por ocupar el cargo y el paso del tiempo.

En este nuevo intento más que reivindicar derechos adquiridos por antigüedad o expectativas, se pone de manifiesto en nuestra fundamentación: “*la discriminación sobre la población en situación de*

¹⁰ Como se hizo en la C-901-08.

¹¹ En los casos a que nos referimos la solicitud de estabilidad laboral no es reforzada.

¹² Ver por ejemplo las Sentencias C-808 de 2001, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, T-158 de 1999, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, T-384 de 2005, MP: Rodrigo Escobar Gil. Igualmente es contrario a la Constitución, seleccionar o descalificar a una persona que participa en un proceso de selección mediante concurso con base en preferencias personales, animadversión, o motivos subjetivos, o secretos. Ver por ejemplo, las Sentencias C-371 de 2000, MP: Carlos Gaviria Díaz, y T-514 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. En la Sentencia T-514 de 2001, por ejemplo, se dijo que “*la decisión de no incluir en la lista de elegibles o no nombrar en el cargo a proveer a la persona que obtuvo el mejor puntaje en el concurso, debe ser motivada y fundarse en razones objetivas, sólidas y expresas que sean de tal magnitud que, de modo evidente, desaconsejen la designación del candidato por resultar claro que sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso, lo muestran como indigno de obtener, conservar o recuperar su cargo, o acusen, fuera de toda duda, que antes incumplió sus deberes y funciones*”.

*discapacidad es especialmente marcada en el ámbito laboral, por lo cual, resulta indispensable que el Estado adopte y ejecute acciones afirmativas en esta órbita, realizando todas las acciones posibles que permitan igualar las condiciones de acceso laboral de dichas personas*¹³.

Los sujetos, la situación fáctica y jurídica y la argumentación en que se fundamentan para su solicitud es cualitativamente distinta de la de empleados en provisionalidad solicitando estabilidad laboral; se trata en este caso, de sujetos que encontrándose en una situación de debilidad producida por desigualdades históricas, sociales, culturales, físicas y económicas obligan al Estado a adoptar y promover medidas¹⁴ tendientes a favorecerlos para que puedan gozar de sus derechos de manera efectiva. Dicho por la Corte de la siguiente manera. La jurisprudencia de esta Corporación al respecto ha señalado que en la Constitución *“ha sido consignada la obligación en cabeza del Estado según la cual este se encuentra llamado a emprender actuaciones positivas en virtud de las cuales se logre la integración de sectores de la sociedad que, por una antigua e irreflexiva tradición que hunde sus raíces en oprobiosos prejuicios, han sido separados de manera ilegítima del pleno desarrollo de sus libertades. En tal sentido, el texto constitucional ha asumido un compromiso expreso a favor de los sectores de la población que requieren atención especial por el cual se encuentra obligado a desarrollar acciones afirmativas que avancen en la realización de un orden social más justo y permitan el ejercicio completo de las libertades para todos los ciudadanos*¹⁵”.

Por último; por todo lo dicho anteriormente, constatamos en este proyecto un contenido y sentido normativo distinto a los declarados inexecutable en las anteriores iniciativas, que tienen un contexto totalmente diferente, con una **unidad normativa** que involucra normas no coincidentes y que tocan fenómenos fácticos y jurídicos muy diversos, al traído y contenido en los dos actos legislativos y proyectos de ley precitados, razón por la cual no opera el fenómeno de la cosa juzgada.

Efectivamente este tema. “contiene¹⁶ y desarrolla un **conjunto concatenado** de instrumentos de diversa índole, que en tal medida constituye una política pública sobre el tema de atención a la discapacidad”, dentro de los cuales están: la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental* (1971) y la *Declaración de los Derechos de los Impedidos* (1975), y las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad* (de carácter no vinculante, adoptadas en 1993). Dentro del ámbito continental se destaca también la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* de 1999, incorporada al derecho

interno por Ley 762 de 2002, de nuestra Constitución los artículos 2°, 13, 47; ninguno de ellos, (es decir de los elementos de este conjunto concatenado de instrumentos) son un reproducción o guardan identidad con los textos declarados inexecutable, porque tienen contenidos materiales distintos.

RAZONES DEL PROYECTO

Con el mayor respeto por nuestros compañeros Congresistas que lo hicieron de otra manera¹⁷, con el Gobierno del cual hemos tomado sus apreciaciones, con la Corte Constitucional en cuya jurisprudencia nos hemos basado, con las personas en estado de discapacidad, minoría oculta e invisible, presentamos este proyecto de ley, porque:

FACULTAD Y OBLIGACIÓN DEL LEGISLADOR

Es facultad¹⁸ del legislador según las voces del artículo 125 Constitucional diseñar el sistema de carrera administrativa con un amplio margen, determinando **incluso las excepciones** a la regla general del concurso público, claro está respetando entre otros **la igualdad**¹⁹, los derechos subjetivos, en este caso no solo respetados (negativo) sino desarrollados (positivo) ampliamente con la presente iniciativa.

Además es obligación de este Congreso, “Tomar todas las medidas pertinentes, **incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes**, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad, adoptar todas las **medidas legislativas** y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”.

En el mismo sentido esta cita traída por un salvamento de voto en la Sentencia C-249 del 2012;

“Precisamente por la relevancia del derecho a la igualdad, la Convención Americana de Derechos Humanos se ocupa de definir los criterios que pueden ser empleados para fijar restricciones al derecho previsto en el literal c), numeral 1, del artículo 23. De allí se deriva una habilitación estatal específica a efectos de que la ley regule el acceso a la función pública teniendo como criterios la edad, la nacionalidad, la residencia, el idioma, la instrucción, la capacidad civil o mental, o la condena, por juez competente, en proceso penal”.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LA DISCAPACIDAD

Es obligación de Colombia como Estado Parte de diversos instrumentos de derecho internacional adoptar medidas de **carácter legislativo**, educativo, **laboral** necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

¹³ Sentencia T-684A/11.

¹⁴ Sentencias T-500/02, C-1036/03, C-707/05, C-989/06, T-1031/06, T-061/06, T-932/07.

¹⁵ Ver Sentencia T-984/07.

¹⁶ Para decirlo con palabras de la misma Corte en la Sentencia C-765 de 2012.

¹⁷ Pero que nos ha servido de base para intentarlo de nuevo con distintos fundamentos y pretensiones.

¹⁸ C-1122-2005.

¹⁹ Curiosamente la igualdad ha sido el motivo del rechazo de las iniciativas relacionadas, pero también es el motivo y fundamento de este proyecto de ley.

ARGUMENTOS DISTINTOS PARA UNA SITUACIÓN DISTINTA

Toda la argumentación tanto de la Corte como del Gobierno, relacionada con la provisionalidad en términos de tiempo de servicio, derechos adquiridos etc., es cualitativamente distinta a la situación fáctica y jurídica de los funcionarios provisionales en estado de discapacidad, razón por la cual no la tomamos como posturas en contra de la posibilidad de lograr estabilidad laboral reforzada para este grupo poblacional.

MÉRITO

Es cierto que para acceder a la función pública el mérito es el criterio principal, establecido por medio de concursos públicos, existen distintas miradas a esta regla que el legislador en sus facultades y sabiduría puede adoptar en atención a valores²⁰ constitucionales en cabeza de este segmento poblacional que no se excluyen con la **capacidad, idoneidad y potencialidad para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo**, máxime cuando se trata de funcionarios que han estado durante muchos años en los cargos por lo que sería de fácil verificación.

Relacionado con lo anterior, los patrones de medición de los “méritos” no son comparables en sus fines, medios, esfuerzos en unas personas que además de ser mayoría tienen a su favor una sociedad con todo lo que eso significa en términos educativos, culturales, psicológicos, arquitectónicos de movilidad, etc. frente a otros que además de estar históricamente discriminados, sometidos a la invisibilidad cuando no a la burla, compasión de sus coasociados tiene una sociedad cuya relación los convierte en inválidos, esta visión de igualar por medio de un concurso a personas desiguales no podría ser más desconocedora de las prescripciones de la igualdad material. Por esta razón pensamos que debe implementarse un **concurso diferencial**²¹ o reglas transversales en los concursos que tengan en cuenta lo anteriormente expresado en este acápite.

COMPORTAMIENTO DEL GOBIERNO CON LA DISCAPACIDAD, EN SUS OBJECIONES

Si bien esta Corporación en varias ocasiones ha tratado sin éxito legislar en torno a beneficiar con la estabilidad laboral para ciertos grupos vulnerables en los que han estado incluidos las personas en estado de discapacidad, las objeciones presentadas por el Gobierno no se han referido a este grupo poblacional (lo que nos hace pensar que estarían de acuerdo) y los argumentos de la Corte oponiéndose a este beneficio se han referido casi que exclusivamente al resto de los grupos vulnerables²² no al de las personas en estado de discapacidad.

²⁰ La función pública no estaría óptimamente desempeñada solo por la erudición y el conocimiento sin otros factores igualmente importantes, porque caeríamos en la pedantería e insensibilidad oficial.

²¹ De otra parte, considero que otra cosa distinta es lo que pueda disponer el legislador en un futuro en aras de proteger a las personas con discapacidad, como puede hacerlo estableciendo un cupo en la carrera para estas personas, pero para el cual las mismas tendrían que competir con otras personas en la misma condición. Aclaración de voto de Jaime Araújo Rentería.

²² Hace una aislada y corta alusión que consideramos insuficiente y superada por nuevos eventos legales y jurisprudenciales.

GARANTÍAS EN LO PÚBLICO Y PRIVADO

El garantismo de las razones de la Corte referidos al fuero de la discapacidad, en aras de la coherencia no pueden ser válidos solo para el sector privado, si compartiendo la misma base fáctica en el sector público deben extenderse como verdaderas obligaciones del Estado derivadas del mandato constitucional de igualdad material, que nos lleva darle un tratamiento distinto a este segmento poblacional sin que por ello se concluya, como factores incompatibles con la finalidad de la carrera administrativa, criterios subjetivos o irrazonables, preferencias personales.

IGUALDAD MATERIAL Y DISCRIMINACIÓN POSITIVA

Nos anima un valor, principio y derecho que en “principio” fue formal, pero que por razones fácilmente verificables en la historia y comprendidas desde la hermenéutica, el derecho y la justicia tuvo un desplazamiento hacia lo material, la **igualdad**, consagrada en el artículo 13 de nuestra Constitución Política como un mandato, pluralmente predicado por nuestra Corte Constitucional en su jurisprudencia y que por ello tratándose de adelantar una acción normativa de prevención, rehabilitación e integración social de este segmento poblacional tendría acogida en términos de exequibilidad.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Las ineludibles restricciones, omisiones y barreras que culpable o inocentemente nuestra sociedad y Estado tiene en términos de obstáculos para el ejercicio de derechos de todos los colombianos son más grandes e irrebasables para las personas en estado de discapacidad, por lo que el **derecho que tienen a tener un trabajo**²³ que les permita procurarse su propio sustento, debe ser **reforzado** y sus impedimentos removidos, razón que correlativamente nos permite decidir, discriminarlos positivamente para excluirlos o preferirlos de las consecuencias que se derivan de la omisión o retardo del Estado en realizar un concurso, brindándoles estabilidad laboral en un cargo en el cual han configurado su competencia.

LEY ESTATUTARIA SOBRE LA DISCAPACIDAD

Las normas sobre la carrera administrativa y sus mecanismos de selección, ascenso y permanencia deben ser urgentemente concordadas y actualizadas con los principios atinentes a la discapacidad establecidos en la Ley Estatutaria 1618 de 2013, recientemente expedida en el presente año y las obligaciones **legislativas** de nuestro Estado contenidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

MODELO SOCIAL

Por último a nuestro juicio, **lo más importante**, nuestra sociedad y Estado tienen todavía un velo que les impide identificar **las verdaderas circunstancias en las que se encuentran las personas en estado de discapacidad** explicando o asumiéndola social y jurídicamente desde modelos equivocados que llevaron a la segregación de los demás miembros

²³ Artículo 27 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

“normales” teniendo como causa de la discapacidad factores subjetivos, pretendiendo desde los criterios del modelo médico sanar o adaptar al “discapacitado”, visión hoy desde nuestro Bloque de Constitucionalidad y el modelo social inaceptable. Las causas de la discapacidad no están en las personas, sino en la indiferencia social que configura el mundo, ignorándolos, produciendo con ello la verdadera invalidez; de allí la presente iniciativa que pretende que la sociedad y Estado remuevan los impedimentos que obstaculizan el goce pleno de los derechos de esta población; además de cumplir con los **compromisos legislativos** que el Estado colombiano adquirió con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y otros instrumentos.

ANTECEDENTES DEL PROYECTO PROYECTOS DE LEY

Como antecedentes del presente proyecto encontramos dos tentativas legislativas que objetadas por el Gobierno, tuvieron su fin en la argumentación de la Corte Constitucional que de manera repetida se ha opuesto a la vía de la estabilidad laboral por caminos distintos al concurso de méritos, a saber: Proyecto de ley número 117 de 2007 Senado, 171 de 2007 Cámara y Proyecto de ley número 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara.

En el primer proyecto el tema de la discapacidad se incluyó en las modificaciones que adicionaron los debates, **pero el Gobierno a pesar de que lo objeta, no lo sustenta**. En el segundo proyecto se incluye desde el principio a esta población pero **el Gobierno no la objeta**.

El comportamiento del Gobierno frente a este tema no ha sido de oposición frontal, ya que en el primer caso, a pesar de la objeción, no sabemos cuáles son las razones de dicha oposición y en el segundo caso no se opone.

Quizá por lo anterior, la Corte no se expresa sobre el tema de la discapacidad de manera amplia sino de manera coyuntural, fugaz y residual, asimilando la situación de la discapacidad al resto de las situaciones, lo que claramente no es suficiente e incluso paradójico, puesto que las razones de la Corte para no conceder esta estabilidad son las mismas de la discapacidad para demandarla.

PROYECTO DE LEY 117 SENADO (primero)

La Senadora DILIAN FRANCISCA TORO TORRES es autora del Proyecto de ley número 117 de 2007 Senado, 171 de 2007 Cámara, presentado con el siguiente texto;

Artículo 1°. Adiciónese un párrafo al artículo 3° de la Ley 909 de 2004, así:

Parágrafo. Período de transición. Los empleados que a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004, estuviesen ocupando cargos públicos en provisionalidad, no podrán ser separados de su cargo sino por las causales contenidas en el artículo 41 de la misma ley, y serán objeto de evaluación del desempeño.

Los demás empleos serán provistos con las listas de elegibles resultantes de la Convocatoria número 001 de 2005 utilizándose también cuando se generen vacantes en cumplimiento del inciso anterior.

Artículo 2°. Adiciónese al numeral 5 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el siguiente párrafo:

Parágrafo. Los empleados que hayan concursado para el empleo que venían desempeñando en provisionalidad o encargo con seis (6) meses de anterioridad a la fecha de la publicación de la Convocatoria número 001 del 5 de diciembre de 2005 y puedan ser nombrados en dicho empleo como resultado del concurso público, no estarán sujetos al período de prueba, adquiriendo desde el momento de su nombramiento, los derechos de carrera y por consiguiente deberán ser actualizados o inscritos según el caso, de manera inmediata en el registro público de Carrera Administrativa.

Artículo 3°. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

En este primer texto no se mencionan las personas en estado de discapacidad pero posteriormente serían incluidos.

Esta primera iniciativa fue modificada (adicionada) en los debates (incluyendo causales de separación del cargo, empleados provisionales en estado de discapacidad, períodos de transición para empleados de la Fiscalía y no uniformados del sector Defensa), quedando de la siguiente manera²⁴;

Por la cual se reforman algunos artículos de la Ley 909 de 2004, algunos artículos de las disposiciones que contienen los concursos de los sistemas específicos y especiales de origen legal y se dictan otras disposiciones en materia de carrera administrativa.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese el siguiente párrafo nuevo, que será el 2°, al artículo 3° de la Ley 909 de 2004 y modifíquese la nomenclatura quedando el actual párrafo 2° como párrafo 1°:

Parágrafo 2°. Período de transición. Los empleados que a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004, estuvieren ocupando cargos públicos vacantes de forma definitiva, en calidad de provisionales, del Sistema General de Carrera, y que a la entrada de la vigencia de la presente ley aún ocupen dichos cargos, no podrán ser separados de su cargo sino por las causales contenidas en el artículo 41 de la misma ley. Mientras permanezcan en sus cargos su desempeño será evaluado anualmente, siguiendo el procedimiento que se establezca en el reglamento.

Los demás empleos serán provistos con las listas de elegibles resultantes de las convocatorias que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil del Sistema General de Carrera, utilizándose también cuando se generen vacantes en cumplimiento del inciso anterior. Las listas de elegibles resultado de la Convocatoria número 001 de 2005 tendrán una vigencia de tres años.

Para las entidades y organismos del Estado cuya carrera sea vigilada y administrada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es un deber reportar las vacantes definitivas que deben ser provistas median-

²⁴ Lo subrayado fueron los apartes objetados.

te concurso público, en las fechas que señale este organismo, su incumplimiento y el de las demás directrices e instructivos constituyen falta disciplinaria.

Artículo 2°. Adiciónese al numeral 5 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el siguiente inciso:

Los empleados que hayan sido nombrados en provisionalidad con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, que hubieren concursado para el empleo que venían desempeñando en provisionalidad o encargo y que puedan ser nombrados en dicho empleo como resultado del concurso público, no estarán sujetos al período de prueba, adquiriendo desde el momento de su nombramiento los derechos de carrera, y por consiguiente deberán ser inscritos en el Registro Público de Carrera Administrativa.

Artículo 3°. Los recursos recaudados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, provenientes de las entidades públicas, serán destinados para la culminación de los procesos de selección que se adelantan mediante las distintas convocatorias y para el cumplimiento de las demás funciones relacionadas con la administración y vigilancia de los Sistemas de Carrera, bajo su responsabilidad.

Parágrafo. Los aspirantes inscritos en la Convocatoria número 001 de 2005 que hayan superado la prueba básica general de preselección, podrán optar en participar por una sola vez en convocatorias posteriores que realice la Comisión Nacional del Servicio Civil sin necesidad de efectuar un nuevo pago por concepto de inscripción.

Artículo 4°. Los servidores públicos que se encuentren ocupando cargos de vacancia definitiva, en calidad de provisionales, y con discapacidades (físico, mental, visual o auditivo) y les faltaren menos de tres (3) años para pensionarse contados a partir de la promulgación de la presente ley, tendrán derecho a los beneficios establecidos en el artículo 1° de esta ley para los trabajadores nombrados en provisionalidad.²⁵

Artículo 5°. Con el objeto de garantizar la especialidad y especificidad de las funciones que cumplen las entidades y organismos del sector público, la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantará los procesos de selección de futuras convocatorias, separando los empleos del nivel nacional y los de orden territorial y en las convocatorias deberá tener en cuenta criterios como el perfil ocupacional, las áreas de desempeño funcional y la especificidad de los respectivos sectores o actividades administrativas.

Artículo 6°. Adiciónese al artículo 24 de la Ley 909 de 2004 el siguiente parágrafo:

Parágrafo. Para efectuar los encargos o los nombramientos provisionales en vacancias definitivas de empleos de carrera que no estén incluidos en una convocatoria a concurso de méritos, el nominador requiere previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad que deberá emitirla, cuando proceda, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la solicitud que contenga la información requerida para el efecto por la Comisión. De

no emitirse dicha autorización en el término antes señalado, se entenderá que esta es favorable y el nominador podrá proveer la respectiva vacante.

Artículo 7°. Sistemas específicos y especiales de origen legal. Los empleados que, a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004, estuvieren ocupando cargos públicos vacantes de forma definitiva, en calidad de provisionales, de los sistemas específicos y especiales de origen legal, con excepción del que rige para el personal docente, no podrán ser separados de su cargo sino por las causales enlistadas a continuación y siempre que los concursos públicos que se estén adelantando se encuentren en etapa anterior a la publicación de la lista de elegibles:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

c) Por renuncia regularmente aceptada;

d) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

e) Por invalidez absoluta;

f) Por edad de retiro forzoso;

g) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

h) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

i) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

j) Por orden o decisión judicial;

k) Por supresión del empleo;

l) Por muerte;

m) Por las demás señaladas por la Constitución Política y la ley.

Mientras permanezcan en sus cargos su desempeño será evaluado anualmente, siguiendo el procedimiento que se establezca en los respectivos reglamentos de la entidad correspondiente.

Los demás empleos serán provistos con las listas de elegibles resultantes de las convocatorias que adelanten los respectivos organismos encargados para tal fin.

Para las entidades y organismos del Estado cuya carrera sea vigilada y administrada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es un deber reportar las vacantes definitivas que deben ser provistas mediante concurso público, en las fechas que señale este organismo, su incumplimiento y el de las demás directrices e instructivos constituyen falta disciplinaria.

Artículo 8°. Modificar el parágrafo del artículo 4° de la Ley 1033 de 2006, el cual quedará así:

Parágrafo. Periodo de Transición. Los empleados públicos civiles y no uniformados del Sector Defensa, que a la fecha de publicación de la Ley 1033 de 2006, estuvieren ocupando cargos públicos en calidad de provisionales del Sistema Especial de Carre-

²⁵ El subrayado con negrillas es nuestro.

ra del Sector Defensa, no podrán ser separados de su cargo sino por las causales de retiro previstas en el Decreto-ley 091 de 2007. Mientras permanezcan en sus cargos su desempeño será evaluado anualmente, siguiendo el procedimiento establecido para los empleados pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa.

Los procesos de selección para proveer los demás empleos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa serán desarrollados de conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto 091 de 2007 y las demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, y la convocatoria deberá efectuarse dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigencia del citado decreto-ley.

Para las entidades y dependencias que integran el Sector Defensa, los nombramientos provisionales se continuarán rigiendo por lo dispuesto en el Decreto 091 de 2007 y las demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen.

Artículo 9°. Los servidores y empleados de la Fiscalía General de la Nación, que a la entrada en vigencia de la Ley 938 de 2004, Estatuto Orgánico de la Fiscalía, estuvieren ocupando cargos en provisionalidad, no podrán ser separados del mismo sino por las causales de retiro previstas en el artículo 77 de la Ley 938 de 2004. Su evaluación se hará de acuerdo a los procedimientos establecidos para los empleados de Carrera.

Artículo 10. Las listas de elegibles resultantes en los concursos públicos, en los sistemas de carrera específicos, especiales y generales, tendrán una vigencia de tres (3) años contados a partir de la fecha en que hayan sido publicadas.

Artículo 11. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

OBJECIONES DEL GOBIERNO AL PRIMER PROYECTO

En la cuales, a pesar de haber objetado el punto de las personas en estado de discapacidad no se refiere en la sustentación a este grupo de empleados.

El Gobierno Nacional objetó los artículos 1°, 4°²⁶, 7°, 8° y 9° del proyecto de ley por razones de inconstitucionalidad al considerar que:

- Vulneración del principio de mérito como regla general de acceso a la Función Pública.
- Se desconoce el artículo 125 de la Constitución Política al otorgar estabilidad a las personas que ingresaron a la administración de manera directa y transitoria cuando la Corte Constitucional ha sostenido que todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones, aun los que ocupan los cargos en provisionalidad.
- Vulneración del derecho fundamental de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (Constitución Política, artículo 40, numeral 7): al excluir del proceso de selección a un grupo de empleos, los cuales solo podrán concursar cuando queden vacantes por renuncia, destitución o abandono del cargo.

²⁶ El de la discapacidad.

- Vulneración del derecho de igualdad (Constitución Política, arts. 13 y 209): la permanencia que otorgan los artículos objetados, proponen un tratamiento diferenciado no justificado a un grupo minoritario de empleados.

- Si bien el proyecto no consagra una inscripción automática en carrera, sí da un trato diferencial y favorable al empleado provisional nombrado en una vacante definitiva.

- El hecho que una persona sea madre o padre cabeza de familia no es el factor que otorgue el mérito para permanecer en su empleo

PROYECTO DE LEY NÚMERO 54 DE 2010 SENADO y 170 DE 2010 DE CÁMARA (**segundo**)

Como antecedente de esta iniciativa encontramos el **Proyecto de ley número 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, por la cual se implementa el Retén Social, que garantiza la estabilidad laboral a grupos vulnerables y se dictan otras disposiciones**, objetado por el Gobierno Nacional por razones de inconstitucionalidad.

Los Senadores **Dilian Francisca Toro Torres** y **Luis Carlos Avellaneda Tarazona** y el Representante a la Cámara **Bérner Zambrano Eraso** radicaron el Proyecto de ley número 54 de 2010 Senado ante la Secretaría General del Senado de la República del Congreso de la República, junto con la respectiva exposición de motivos.

Dicho proyecto contemplaba el siguiente articulado:

“PROYECTO DE LEY NÚMERO 54 DE 2010 SENADO, 170 DE 2010 CÁMARA, por la cual se implementa el Retén Social, que garantiza la estabilidad laboral a grupos vulnerables y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1°. Adiciónese el siguiente artículo 52A a la Ley 909 de 2004.

Retén Social. Los servidores públicos que a la entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren nombrados en provisionalidad dentro de las entidades u organismos a los cuales se les aplica el Sistema de Carrera General o los Sistemas Específicos y Especiales, no podrán ser separados de su cargo, salvo por las causales contenidas en la respectiva Ley de Carrera, si cumplen alguna de las siguientes condiciones:

a) Ser madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica.

b) Estar en condición de cualquier tipo de discapacidad.

c) Sufrir enfermedad que implique tratamiento continuo o de tipo terminal, mantendrán su vinculación laboral hasta la culminación del tratamiento respectivo o la muerte²⁷.

d) Estar próximo a pensionarse, esto es que le falten tres años o menos para acceder al derecho a la pensión.

e) Encontrarse laborando en zonas de difícil acceso y/o en situación crítica de inseguridad.

²⁷ Lo subrayado en negrilla no fueron blanco de las objeciones.

Artículo 2°. Para efectos de aplicación de la presente ley se entenderán como zonas de difícil acceso y zonas en situación crítica de inseguridad:

Zonas de difícil acceso: Son aquellas que por sus características geográficas, deficiencia de vías y medios de transporte, exigen un esfuerzo físico o económico fuera de lo ordinario, para permanencia o movilización del servidor público.

Zonas en situación crítica de inseguridad: Son aquellas donde se presenta alteración del orden público que afecta el normal desarrollo de las actividades laborales.

Parágrafo: Tanto las zonas de difícil acceso como la de situación crítica de inseguridad respectivamente, deberán ser certificadas por la autoridad municipal competente para efectos de la aplicación de la presente ley.

OBJECIONES DEL GOBIERNO AL SEGUNDO PROYECTO

El Gobierno Nacional objetó del Proyecto de ley número 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, “por la cual se implementa el retén social, que busca garantizar la estabilidad laboral a grupos vulnerables y se dictan otras disposiciones”, el artículo 1° -salvo los literales b) y c)-, **enfermedad crónica o terminal que se referentes a los servidores públicos con discapacidad o en situación de** encuentran nombrados en provisionalidad, y el artículo 2° del proyecto de ley, por razones de inconstitucionalidad.

El Gobierno considera que el proyecto de ley otorga “un privilegio determinado a ciertos aspirantes”, violatorio del derecho a la igualdad porque desconoce los méritos y calidades como criterios objetivos para poder determinar quiénes se encuentran en mejores condiciones para acceder al servicio público, de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución.

Finaliza, señalando que de acuerdo con pronunciamientos reiterativos de la Corte Constitucional frente a la primacía **del mérito** para acceder a la carrera administrativa y analizado el contenido del proyecto de ley de la referencia, el mismo contraría los artículos 13, 40 y 125 de la Constitución Política, en tanto “no es procedente establecer a favor de los empleados provisionales, independientemente de su condición, privilegios o ventajas, toda vez que deben participar en igualdad de condiciones con todos los ciudadanos que cumplan con requisitos para aspirar u ocupar un cargo público, **salvo los discapacitados y enfermos crónicos**”.

El Procurador solicita a la Corte Constitucional declarar fundadas las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional contra el Proyecto de ley número 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, y declarar la inexecutable de los literales a), d) y e) del artículo 1° y del artículo 2° del proyecto de ley.

INSISTENCIAS DEL CONGRESO

Los dos proyectos de ley completan su trámite legislativo y como se vio reciben respectivas objeciones gubernamentales, que no son aceptadas por

el legislativo; en el **primer caso** se creó una comisión²⁸ que expresó lo siguiente (no menciona nada sobre la discapacidad);

Es errado decir que las normas objetadas dan *un tratamiento preferencial* a quienes desempeñan en provisionalidad vacantes *definitivas*, pues esta distinción se estableció en el proyecto con el fin de reconocer los derechos adquiridos de los titulares de los cargos que, estando en la carrera administrativa, fueron enviados en comisión o encargo a otros cargos. Por tal razón, en ninguno de sus textos se consagra privilegio injustificado para estos empleados: “*por el contrario, el conjunto normativo lo que da es un trato igual al establecer que todos quedan sometidos a las mismas causales de retiro, que en el fondo es lo que ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en múltiples fallos de tutela*”.

Puntualiza que el trato diferenciado, objetado por el Gobierno, dado a quienes ocupan provisionalmente cargos que se encuentran vacantes definitivamente frente quienes se desempeñan en tal calidad en cargos vacantes temporalmente, halla justificación en las realidades jurídica y fácticas diferente, ya que la vacancia *temporal* implica que existe una persona que es la titular del cargo y cuya estabilidad debe protegerse, para que pueda continuar en su empleo al terminar la causa que la motivó, mientras que en la situación de vacancia *definitiva* es titular de ese cargo vacante.

En cuanto a la objeción basada en que tal discriminación también se percibe contra “los empleados de carrera que desean ascender a empleos superiores quienes deben someterse a un proceso de selección público y abierto, mientras que el provisional nombrado en una vacante definitiva se le da estabilidad en el cargo por el solo hecho de tener esta condición, sustrayéndolo de la obligación de demostrar los méritos y capacidades”, considera la Comisión que los artículos objetados “no le impiden ascender a ningún servidor público sea este de libre nombramiento y remoción, de carrera, de período, o que desempeñen su cargo en *propiedad, provisionalidad o encargo*, porque todos ellos para ascender tienen que someterse al concurso que convoquen para proveer empleos de mayor jerarquía al que tenga el aspirante”.

No es verdad que en los artículos bajo examen se establezca que los empleados *provisionales* quedan sustraídos *de la obligación de demostrar méritos y capacidades*, pues lo que prevén las disposiciones atacadas es exactamente lo contrario: “que todos los empleados *provisionales* deben ser evaluados en su desempeño” previsión que se repite en todo el proyecto.

Respecto de la vulneración del numeral 7 del artículo 40 de la Constitución, planteada por el Gobierno la Comisión señala que “*en ninguno de los artículos objetados se observa que sus textos tropiecen con el mandato de la Carta, porque la efectividad del derecho a acceder al servicio público se ejerce al momento en que se convoca a concurso, mientras*

²⁸ Integrada por los Senadores Dilian Francisca Toro Torres, Jesús Antonio Bernal A., Javier Cáceres Leal, y los Representantes a la Cámara Germán Reyes Forero, Gilberto Rondón G., Pedro Jiménez Salazar.

tanto el Estado tiene que proveer en provisionalidad o por encargo las vacantes que se presenten. En los artículos acusados no se excluye del proceso de selección a nadie que reúna los requisitos del caso”.

Niega también que el proyecto implique que sólo saldrán a concurso los cargos que queden vacantes “por renuncia, destitución o abandono del cargo”, pues sin consideración a la causa de la vacancia definitiva “*todos los cargos de carrera deben salir a concurso*”.

Añade que la objeción de que el proyecto viola el artículo 125 de la Carta porque se otorga estabilidad a las personas que ingresaron a la administración de manera directa y transitoria, no se justifica porque “*en vez de transgredir, satisface la estabilidad laboral establecida en la Constitución Política, explicada por la Corte Constitucional en múltiples fallos de tutela, algunos de ellos citados en el proyecto de ley y en este documento. Esa estabilidad no impide que, como lo ordena el proyecto, se provean los cargos públicos vacantes, previo cumplimiento de los requisitos señalados para demostrar los méritos y calidades de los aspirantes*”.

En relación con las objeciones apoyadas en las Sentencias C-733 de 2005 y C- 211 de 2007 de la Corte Constitucional: no son aplicables al caso que se viene analizando.

La primera se refiere a la constitucionalidad de una ventaja que se otorgaba a algunos concursantes en provisionalidad sobre otros por razones de experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en el servicio asuntos no contemplados en las normas atacadas;

la segunda, porque “*se refirió a las limitaciones que tenía el legislador al momento de regular los concursos para ingreso a la carrera, que es una hipótesis distinta a la de los artículos objetados que regulan la situación de permanencia en el cargo, la cual quedó soportada exclusivamente en el mérito demostrado durante los años de servicio*.”

Estas objeciones contra el proyecto provienen de varios equívocos, a saber:

a) “Confundir dos conceptos diferentes: ingreso y permanencia”; y

b) Pretender darle igual tratamiento a realidades distintas, pues “una es la situación de quienes aspiran a trabajar con el Estado y otra es la situación de quienes ya están en el servicio público...”

Es evidente que la situación de millones de personas anónimas que aspiran a trabajar en el sector oficial, es jurídicamente distinta a la de los miles de reconocidos colombianos que durante varios años han permanecido lealmente en el servicio público, exclusivamente con base en sus demostrados méritos”.

La objeción relacionada con las madres o padres cabeza de familia es rechazada porque los artículos cuestionados nada regulan al respecto.

En el **segundo caso** el Congreso de la República, al rechazar las objeciones e insistir, considera que la disposición objetada no contradice las disposiciones constitucionales, en la medida en que no establecen

un ingreso automático a la carrera administrativa, sino que se limitan a proteger a personas que por sus condiciones económicas y laborales, se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, requiriendo un tratamiento especial en cumplimiento del inciso final del artículo 13 de la Constitución.

Trae a colación sentencias de la Corte Constitucional con el fin de demostrar que la Corporación se ha pronunciado a favor de los prepensionados y de las madres y/o padres cabeza de familia sin alternativa económica, con el fin de compensar la desigualdad a la que históricamente han sido sometidos, declarando la exequibilidad de medidas de discriminación positiva o inversa como el retén social. No se refiere al tema de la discapacidad porque el gobierno no objetó este punto.

ACTOS LEGISLATIVOS²⁹

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2008

El demandante considera que el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2008 “*por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política*”, contraviene lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 13, 40 núms. 1 y 7, 53, 125, 133, 209, 217, 218, 241 numeral 1, 253, 268 núms. 10, 279, 374, 379 y 380 de la Constitución Política.

Los fundamentos de la demanda son los siguientes:

- *Enunciación de los aspectos esenciales definitorios de la identidad de la Constitución que se estiman sustituidos por el acto reformativo.*

- *Alcance jurídico del acto acusado en relación con los elementos definitorios o identificadores.*

- *Contraste o ponderación de las premisas anteriores, verificando el reemplazo por un elemento integralmente diferente de la Carta original.*

En este acto legislativo no se menciona específicamente la población en estado de discapacidad, aunque de haber prosperado muchos provisionales en esta situación se hubieran beneficiado, porque de manera genérica son “provisionales”, sin embargo, los fundamentos del presente acto legislativo son ajenos a la esencia o núcleo por la que las personas en estado de discapacidad reivindican la estabilidad laboral reforzada.

Esa es la razón de la pretensión de esta iniciativa, ya que como se vio en los antecedentes, hasta ahora la búsqueda de estabilidad laboral no se ha basado principal y específicamente, en argumentos relativos a la discapacidad y las medidas de discriminación positiva que le son consustanciales como por ejemplo la estabilidad laboral reforzada.

Transcripción del artículo 1° del Acto Legislativo número 01 de 2008;

²⁹ El hilo conductor de este acápite serán las Sentencias C-588-09 y C-249-12 de las cuales transcribimos numerosos apartes. Llama la atención salvamentos de voto en que Magistrados expresan que a pesar de compartir la pretensión de promocionar provisionales a la carrera administrativa; no están de acuerdo en negarle al legislador las facultades Constitucionales para hacerlo o que haberlo hecho significue sustituir la Constitución.

“ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 01 DE 2008*(diciembre 26)**por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política.**El Congreso de Colombia***DECRETA:***Artículo 1°. Adiciónese un parágrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así:*

Parágrafo transitorio. *Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción.*

Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa.

Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular”.

Aspectos de la Constitución reformados con el presente acto legislativo

“Vista la comparación efectuada con base en los anteriores ámbitos de validez no queda duda acerca de que, aun cuando no haya variado la redacción del artículo 125 de la Constitución, **el parágrafo transitorio incide sobre lo establecido en él**, porque, en cuanto hace a la materia, reemplaza su contenido al contemplar un régimen distinto a fin de darle viabilidad a un derecho de inscripción extraordinaria en carrera administrativa;

i) En lo atinente al aspecto personal, con la creación del mencionado derecho favorece a un grupo de servidores que ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargados, siempre que cumplan las condiciones allí establecidas.

ii) Y, desde el punto de vista temporal, se impone durante un lapso determinado, de manera que, mientras dura su vigencia, desplaza transitoriamente la regulación “ordinaria”, cuyos efectos en curso son interrumpidos a fin de hacer posible el derecho de inscripción extraordinaria en carrera, reconocido a quienes les corresponde en razón de lo previsto en el comentado parágrafo.

En resumidas cuentas, el artículo 1° del Acto Legislativo número 01 de 2008 reemplaza la regulación general que sobre la carrera administrativa consagra el artículo 125 de la Constitución, pues establece un régimen distinto para acceder a la carrera, régimen del que son beneficiarios determinados servidores y, fuera de reemplazar lo regulado, suspende transitoriamente la vigencia del artículo 125 Superior, para que “durante un tiempo de tres años” opere el régimen contemplado en el parágrafo adicionado a la preceptiva constitucional reemplazada y suspendida”.

ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 04 DEL 2012

Los ciudadanos Miguel Ángel González Ocampo, Giovanni Alexander Gutiérrez Rodríguez y Rafael Cañón González demandaron la inconstitucionalidad del Acto Legislativo número 04 de 2011, “*por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia*”.

Los fundamentos de la demanda son los siguientes:

- La expedición del Acto Legislativo número 04 de 2011 constituye una sustitución temporal y parcial de la Constitución, razón por la cual debe declararse su inconstitucionalidad por haberse excedido el Congreso de la República en sus competencias constitucionales que sólo le permiten reformar, pero no sustituir la Constitución.

- La sustitución de la Constitución se produce porque con el acto legislativo se están desconociendo principios o ejes constitucionales en los que se fundamenta la Carta de 1991, a saber:

i) El principio del mérito como definitorio de la vinculación y permanencia en la función pública;

ii) El principio de igualdad, que atraviesa todo el ordenamiento constitucional y prohíbe cualquier tipo de discriminación;

iii) La vocación de permanencia de los preceptos constitucionales y la pretensión de universalidad y generalidad que deben tener las disposiciones que integran la Constitución.

Señalan que tales elementos básicos del Estado Social de Derecho se desarrollan en los artículos 13, 125 y 209 de la Constitución, pero inspiran todo el orden constitucional, sin cuya vigencia efectiva la Constitución de 1991 se entendería sustituida. Por lo tanto, dichos principios conforman la premisa mayor del juicio de sustitución.

La carrera administrativa y la exigencia del mérito para acceder a ella, constituyen principios constitucionales vinculados de manera profunda con el modelo social de Estado. **Indican que el Acto Legislativo “sustituye el mérito por otros criterios como la experiencia o la duración en el ejercicio del cargo”, con lo cual, de manera parcial y temporal, se deja**

sin aplicación un elemento fundamental y definitorio de la Constitución de 1991, que tiene que ver con el logro de los fines del Estado Social y los principios de la función pública y administrativa.

• Por otra parte manifiestan que siendo el principio de igualdad eje esencial de la Constitución de 1991, también se da una sustitución parcial y temporal de la Carta del 91 cuando el acto legislativo introduce excepciones al régimen de carrera administrativa. En este sentido señalan que “*al establecer una homologación de distintos aspectos en el proceso del concurso público que comporta una discriminación a favor sólo de quienes ejercen cargos de carrera en calidad de provisionales o de encargo, siempre y cuando los estuviesen ejerciendo, además al 31 de diciembre de 2010, y de funcionarios de carrera que estén en encargo por más de tres años ininterrumpidos en un cargo vacante definitivamente y que hayan obtenido calificación sobresaliente*”. Indican que la sustitución se concreta en el tratamiento discriminatorio que reciben los ciudadanos que aspiren a ejercer tales cargos de carrera ocupados en provisionalidad o en encargo, quienes se hallarán en desventaja frente a los beneficiarios del acto legislativo, esto es, de quienes los ocupan.

• Se presenta una sustitución de la Constitución con la expedición del acto legislativo demandado, por cuanto: expide normas transitorias que no cumplen la exigencia de permanencia de las “*auténticas reformas*”; de otra parte, benefician a un grupo específico de personas, de manera tal que desconoce “*la pretensión de universalidad propia de las regulaciones constitucionales*”; y además, exceptúan supuestos normativos establecidos en el texto de la Constitución y afectan su carácter escrito a través de modificaciones tácitas.

• Las tres demandas coinciden en afirmar que el Acto legislativo número 04 de 2011 desconoció la razón de la decisión (*ratio decidendi*) contenida en la Sentencia C-588 de 2009 que se ocupó de examinar la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008. Sobre este punto se dice que los propósitos del acto legislativo declarado inconstitucional en la referida sentencia eran los mismos del presente acto legislativo “*bajo un ropaje distinto*”, dado que “*establecía condiciones relacionadas a la provisionalidad de la función pública*” (demanda D-8679). Señalan además que el vicio competencial que dio lugar a la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008 se fundamenta en las mismas razones que justificarían la declaratoria de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 04 de 2011 (Expediente D-8673). Concluyen diciendo que el Acto Legislativo, ahora demandado, tiene “*el mismo fondo del Acto Legislativo número 01 de 2008*”.

El texto normativo demandado es el siguiente:

ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 04 DE 2011

(julio 7)

Diario Oficial número 48.123 de 7 de julio de 2011

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO
DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese un artículo transitorio a la Constitución Política, así:

Artículo transitorio. Con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar a los cargos de carrera, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, de quienes en la actualidad los están ocupando en calidad de provisionales o en encargo, la Comisión Nacional del Servicio Civil, homologará las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público, preservando el principio del mérito, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo, para lo cual se calificará de la siguiente manera:

5 o más años de servicio	70 puntos
--------------------------	-----------

La experiencia homologada, no se tendrá en cuenta para la prueba de análisis de antecedentes.

Los estudios adicionales, a los requeridos para el ejercicio del cargo, otorgarán un puntaje así:

1. Título de especialización 3 puntos.
2. Título de maestría 6 puntos.
3. Título de doctorado 10 puntos.

Para el nivel técnico y asistencial, los estudios adicionales se tomarán por las horas totales debidamente certificadas así:

1. De 50 a 100 horas 3 puntos.
2. De 101 a 150 horas 6 puntos.
3. De 151 o más horas 10 puntos.

Los puntajes reconocidos por calidades académicas, no serán acumulables entre sí.

Agotada esta etapa de homologación, el empleado provisional o en encargo cumplirá lo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, esto es, el análisis comportamental, lo que finalmente posibilitará la cuantificación del puntaje y su ubicación en la lista de elegibles.

Para que opere esta homologación, el servidor público debe haber estado ejerciendo el empleo en provisionalidad o en encargo al 31 de diciembre de 2010 y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la Convocatoria del respectivo concurso.

La Comisión Nacional del Servicio Civil y quien haga sus veces en otros sistemas de carrera expedirán los actos administrativos necesarios tendientes a dar cumplimiento a lo establecido en el presente acto legislativo.

Para los empleados que se encuentren inscritos en carrera administrativa y que a la fecha estén ocupando en encargo por más de tres (3) años de manera ininterrumpida un cargo que se encuentre vacante definitivamente, y que hayan obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año, al momento de realizar los concursos respectivos se le calificará con la misma tabla establecida en el presente artículo transitorio.

Quedan exceptuados los procesos de selección para jueces y magistrados que se surtan en desarrollo del numeral 1 del artículo 256 de la Constitución Política, relativo a la carrera judicial y docentes y directivos docentes oficiales.

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

CARRERA ADMINISTRATIVA CORTE CONSTITUCIONAL³⁰

Como quiera que las tentativas que han buscado introducir estabilidad laboral a grupos vulnerables se han visto frenadas en la jurisprudencia de la corte constitucional nos vamos a referir principalmente a su jurisprudencia en relación con temas generales y específicos; como la **carrera administrativa, el mérito, la igualdad, provisionalidad, libertad de configuración del legislador, la discapacidad, fuero de la discapacidad, visiones de la discapacidad** y en especial revisar si los principios y modelos que la atañen son tenidos en cuenta en la Ley 909 de 2004 y su jurisprudencia.

De la consagración constitucional de la carrera administrativa, la Corte ha derivado cuatro consecuencias:

i) La necesidad de nombrar por concurso público a los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución **o por la ley;**

ii) El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se hará con base en el cumplimiento de las condiciones y requisitos **previstos en la ley,** requerimientos que en todo caso deberán fundarse en los méritos y calidades de los aspirantes;

iii) Las causales de retiro del servicio estarán fundadas en la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución y la ley; y

iv) En ningún caso la filiación política de los aspirantes podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o su remoción.”.

La Corte Constitucional ha precisado que la regla general para el acceso a los cargos públicos, salvo que se trate de cargos de elección popular, de trabajadores oficiales o de libre nombramiento y remoción, se efectúa a través del **sistema de méritos** propio de la carrera administrativa. El carácter de regla general, derivado directamente de las previsiones constitucionales, ha sido reiterado en diversas sentencias de la Corporación en las que ha recordado cómo, desde el propio texto constitucional, se justifica “la aplicación general de la carrera administrativa como mecanismo por excelencia para el acceso al empleo público”, lo cual se traduce en una “necesidad correlativa de interpretar restrictivamente las disposiciones que permiten excluir ciertos cargos de dicho régimen general”(C-315-07) para evitar así que, en contra de la Constitución, “la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos la regla general.”.

Para analizar las normas que el legislador expide en materia de carrera administrativa la jurisprudencia constitucional ha establecido que sin desconocer

la facultad de configuración que le otorga la Constitución, se debe evaluar un mínimo de circunstancias que permitan determinar si tales regulaciones se ajustan o no a la Carta, en los siguientes términos:

“(…) los presupuestos normativos de los sistemas de concursos de la carrera administrativa estarán acordes con la Constitución:

i) *Si no se establece una distinción que disponga una regulación para el ascenso en la carrera y otra más restrictiva para el ingreso a la misma;*

ii) *Si no se derivan de las normas que regulan la carrera, condiciones de desigualdad que impidan la **determinación objetiva del mérito** de cada concursante;*

iii) *Si no se incluyen ítems de evaluación cuya aplicación proceda sólo para algunos concursantes y no para todos;*

iv) *Si no se disponen criterios de selección que evalúen la idoneidad frente a ciertas actividades específicas o técnicas, en condiciones desiguales entre los aspirantes vinculados a la entidad y los no vinculados; (...) Una regulación normativa que genere una situación contraria a cualquiera de los supuestos anteriores es sin duda inconstitucional.”.*

De esas relaciones ha sido plenamente consciente la Corte³¹, pues ha considerado que la carrera administrativa constituye “un presupuesto esencial” para la realización de propósitos constitucionales que ha clasificado en tres categorías, a saber:

i) La garantía del cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa;

ii) La preservación y vigencia de algunos derechos fundamentales de las personas;

iii) “La vigencia del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública”. C-1177/2001.

En este orden de ideas, la Corte ha puntualizado que existe “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 Superiores”. C-901/2008.

Mérito

La Sentencia C-901 del 2008 dice; constituyente de 1991 privilegió el mérito como el criterio que define la forma de acceso a la función pública y, en consecuencia, estableció el concurso público como la manera de establecerlo -salvo para los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la ley-. Específicamente, el artículo 125 de la Carta autoriza al legislador para:

i) Fijar requisitos y condiciones determinantes del mérito y calidades de los aspirantes;

ii) Definir las causales de retiro -además de la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las señaladas por la Constitución- y prohíbe tomar la filiación política de los ciudadanos para determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

³⁰ Para auscultar la jurisprudencia de la Corte nos guiaremos por las Sentencias C-640 de 2012 y C-901/08 con sus respectivas remisiones y tendremos en cuenta sus ítems para revisar; si tener en cuenta la población en estado de discapacidad para concederle una estabilidad laboral, resulta contrario a los valores y principios predicados por la Constitución? o al contrario es totalmente constitucional!

³¹ C-1177-2001.

Al respecto, puntualizó:

Sobre dicha facultad, la hermenéutica constitucional ha dejado sentado que la misma es de interpretación restrictiva, en cuanto no es posible que por esa vía se desnaturalice la regla general de que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben proveerse por el sistema de carrera. Para la Corte, la competencia otorgada al legislador en ese campo no puede entrar en contradicción con la esencia misma del sistema de carrera, ni tampoco generar un efecto contrario al querido por el constituyente del 91: **que la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos la regla general.**

“...dado que el concurso es un instrumento de selección que tiene como finalidad establecer la capacidad, idoneidad y potencialidad del aspirante para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo, la Corte Constitucional ha rechazado el **empleo de factores de evaluación que no sean compatibles con esa finalidad, como por ejemplo cuando se acude a critérios subjetivos o irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen, o cuando se acude a motivos ocultos, preferencias personales, o animadversión o a criterios de tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión política o filosófica, para descalificar al aspirante**”.

Es así como la Corte ha precisado que al analizar las normas que expida el legislador en materia de carrera administrativa, trátase del sistema general o de sistemas específicos o especiales y sin desconocer la facultad de configuración que le otorga la Carta, debe evaluar un mínimo de circunstancias que permitan determinar si tales regulaciones se ajustan o no al ordenamiento superior.

NUESTRA OPINIÓN

Transcripción e interpretación pertinente (parcial) del artículo 125 de la Constitución;

“Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.

La Constitución es clara en prescribir que por **regla general** los empleos en los órganos del Estado son de carrera; estando dentro de las **excepciones los que determine la ley**: lo que quiere decir, que la Constitución faculta al legislador para permitir excepcionalmente empleos estatales distintos a la carrera.

El ingreso a los cargos de carrera **solo serán por el mérito y calidades** de los aspirantes:

Este mérito y calidades serán determinados por la ley (con requisitos y condiciones)

Tratándose del sistema de nombramiento la **regla general es que el legislador** y la constitución lo determine y residualmente (es decir los que no haya determinado la Constitución y la ley) serán nombrados por concurso público.

La configuración del **sistema de nombramiento** lo comparten la Constitución y el legislador que lo harán de manera principal, es decir la forma de nombramientos debe ser determinada en la misma constitución o en la ley; de no estar allí (residualmente) se hará por concurso público.

No quiere decir lo anterior que tanto **la constitución como la ley no puedan escoger, mayoritaria y principalmente como sistema de nombramiento** el concurso público, como sucede en nuestra realidad, como en los casos taxativos en que la Constitución lo ordena y en virtud a la voluntad del legislador que pudiendo hacerlo de otra manera escoge al concurso como principal pero constitucionalmente pudiera ser de otra manera, puesto que le está permitida una discrecionalidad en este punto; es decir la razón de que el concurso se **vuelva regla general** para los nombramientos en los empleos del Estado **no es la Constitución, sino la ley.**

El sistema de nombramiento opera tanto para los empleos de carrera (regla) como para los empleos de elección popular, trabajadores oficiales y libre nombramiento y remoción (excepción); siendo la Constitución y la ley los encargados de decir cómo se nombran.

Tratándose de los empleos en órganos y entidades del Estado **la carrera es la regla**; aquí el legislador está en los terrenos de la excepción, **pero tiene facultades** para decir qué empleo no será de carrera, eso sí de manera excepcional. Además de que se establecen unas excepciones (libre nombramiento, trabajadores oficiales, elección popular) dentro de las cuales están de manera **adicional** las que determine el legislador, que puede introducir otra, está dentro de su discreción (las excepciones son 4).

Solo para los cargos de carrera el criterio principal para acceder, es el mérito y calidades de los aspirantes; elementos que el legislador debe determinar con requisitos y condiciones.

Pero tratándose de los sistemas de nombramiento en los empleos del Estado, las facultades para determinarlos los tiene **principalmente la Constitución y la ley**; el concurso lo confinan a los demás; acá la ley juega en lo principal.

Si el legislador quiere (discreción):

- Puede crear empleos que no sean de carrera, distintos a los de elección popular, trabajadores oficiales y de libre nombramiento. (excepción).

- Puede crear sistemas de nombramiento distintos al concurso para **todos** los empleos del Estado (exceptuando los que determine la constitución por este sistema) incluyendo los de carrera.

- **Puede crear un sistema de nombramiento para empleos de carrera distinto al concurso; eso sí; solo por méritos y calidades del aspirante.**

- O puede crear un sistema de nombramiento para empleos de carrera por medio de concurso atendiendo los méritos y calidades de los aspirantes (existe).

• **Puede determinar el mérito y calidades de los aspirantes a empleos de carrera (con requisitos y condiciones) sin necesidad del concurso.**

• Puede establecer mérito y calidades para cargos distintos a los de carrera.

El legislador debe (obligación):

• Determinar cómo se nombran principalmente los funcionarios en los empleos del Estado (los demás por concurso).

• En los sistemas de nombramiento tiene prelación la Constitución y la ley.

• Para los cargos de carrera únicamente determinar, por medio de requisitos y condiciones; el mérito y calidades de los aspirantes.

• Respetar que la carrera es la regla en los empleos del Estado.

Los empleos de carrera para empleados con discapacidad

Después de revisar la Constitución y su jurisprudencia, pensamos que no existe ningún impedimento jurídico para que este proyecto convertido en ley, de ser demandado u objetado, sea declarado exequible por nuestra Corte Constitucional.

Este tema está particularmente cruzado por las facultades que nuestra Constitución le otorga al legislador, en los sistemas de nombramiento y la configuración de las condiciones y requisitos para determinar el mérito y calidades, obligatoriamente exigidos a los aspirantes a ingresar a los empleos de carrera. Es un espacio del legislador, que en ejercicio de su potestad pudo colocar como requisito de ingreso a la carrera la realización del concurso, pero que de la misma forma puede relativizarlo puesto que no es una obligación general, ni tiene como fuente la Constitución.

La Corte resume con precisión el artículo 125 Constitucional en el siguiente aparte que repetiremos con el ánimo de hacer nuestros comentarios;

“De la consagración constitucional de la carrera administrativa, la Corte ha derivado cuatro consecuencias:

“i) La necesidad de nombrar por concurso público a los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o por la ley;

ii) El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se hará con base en el cumplimiento de las condiciones y requisitos previstos en la ley, requerimientos que en todo caso deberán fundarse en los méritos y calidades de los aspirantes;

iii) Las causales de retiro del servicio estarán fundadas en la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución y la ley; y

iv) En ningún caso la filiación política de los aspirantes podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o su remoción.”

Miremos el tema esquemática y ordenadamente, en cuanto a la posibilidad que tiene el legislador de crear por una sola vez, un sistema de nombramiento

de la población con discapacidad, empleada actualmente en cargos del Estado provisionales. Utilicemos como guía el anterior cuadro jurisprudencial.

El primer aparte, muestra como lo hemos afirmado anteriormente, que es discreción legislativa los nombramientos por concurso, razón jurídica fundamental para concluir que el legislador tiene toda la autorización para crear **sistemas de nombramiento** distintos al concurso. Lo que la ley³² no haya regulado de otra manera en cuanto al sistema de nombramiento se hará por concurso; quiere decir que habiendo tratado legislativamente de otra manera no habrá necesidad de realizar un concurso. La jurisprudencia utiliza el término correcto; sistema de nombramiento, con el cual el legislador permite el ingreso de unos aspirantes a la carrera administrativa por una vía distinta al concurso público.

Antes de entrar en el segundo aparte dejemos claro que así como constitucionalmente se puede prescindir del concurso, en la misma medida, pero inversamente, la calidad y méritos del aspirante son imprescindibles para poder ingresar a los cargos de carrera. En esta parte del cuadro se muestra, cómo se asigna a la ley la configuración de las condiciones y requisitos para determinar el mérito y calidades de los aspirantes, luego entonces; i) al legislador se le fija la función de determinar el mérito y calidades sin las cuales los aspirantes no ingresan a la carrera ii) el legislador tiene amplio espacio de configuración para crear los requisitos y condiciones. **No se encuentra por ningún lado, en la Constitución, la obligatoriedad de hacer un concurso para ingresar a un cargo de carrera**, a menos que el legislador dentro de su potestad así lo requiera y lo plasme en una ley. *A contrario sensu*; si el mismo legislador quiere prescindir del concurso para que ingresen a la carrera, empleados con discapacidad, lo puede hacer porque tiene las facultades constitucionales para hacerlo, no obstante existan leyes que hagan obligatorio este concurso.

El aparte iii) y iv) no lo considero pertinente en esta discusión sobre la obligatoriedad del concurso para ingresar a un empleo de carrera y las facultades del legislador para colocar o no concursos como presupuesto de ingreso.

La carrera administrativa es la regla, pudiendo el legislador hacer excepciones, que para este momento no vienen al caso, tratándose de los sistemas de nombramiento para ingresar a la carrera, es plena competencia del legislador (y lo establecido en la Constitución), creando las condiciones y requisitos para verificar el mérito y las calidades de los aspirantes necesarios para ingresar a la carrera.

Con la pretensión de esta iniciativa no se está tocando en lo absoluto el cumplimiento de que la carrera sea la regla general; no se está imponiendo un cargo de los exceptuados u otro distinto para invertir la mencionada regla; incluso la pretensión radica en que empleados ingresen a la carrera; para ello no se está desconociendo que el ingreso se efectúe a través del sistema de méritos propio de la carrera administrativa.

³² Y la Constitución.

CONFUSIONES

Existe un equívoco consistente en colocar al concurso en lugar del mérito y las calidades, como mecanismo exclusivo para ingresar a la carrera, lo cual no es cierto en términos Constitucionales y legales puesto que dicha exclusividad para ingresar a la carrera la tiene solo el mérito y las calidades del aspirante; el concurso es un sistema de nombramiento residual que actúa donde la constitución y la ley no hayan utilizado otro sistema de nombramiento o la misma Constitución y la ley quieran utilizarlo como sistema de nombramiento.

En nuestro caso el legislador para la carrera administrativa utiliza el concurso de manera obligatoria solo³³ cuando un empleo de libre nombramiento y remoción sea clasificado como de carrera administrativa; para el ingreso a dicha carrera en los demás casos se hará por el sistema de méritos **únicamente**, eso sí, con transparencia, objetividad y no discriminación.

“Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.”³⁴

La carrera administrativa, suele confundirse con sistemas de nombramiento o principio de ingreso o selección e incluso con concurso, cuando la carrera administrativa es un *sistema técnico de administración de personal* que tiene por fin³⁵, y tal vez aquí radica el equívoco, ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso³⁶ al servicio público: pareciera que se confunde la carrera administrativa con sus fines y también con sus medios; luego entonces una cosa es la carrera administrativa y otra sus fines y medios.

Carrera administrativa es un *sistema técnico de administración de personal* convertido en regla para los empleos en los órganos y entidades del Estado, tiene como fin; ofrecer estabilidad e **igualdad de oportunidades para el acceso**³⁷ al servicio público: con un medio muy claro, **el mérito**, coincidiendo con la constitución; pero para precisar el mérito de los aspirantes debe hacerlo con procesos de selección caracterizados por la ley como transparentes, objetivos y sin discriminación.

El mérito **no es un fin en sí mismo**, sino que sirve de instrumento para lograr igualdad en el ingreso de la carrera; el mérito se **verifica** con procesos de selección, que en términos constitucionales, si se tratare de empleos de carrera, se confirma el mérito con condiciones y requisitos fijados por la ley.

Ahora; ¿qué papel tienen los concursos?; son un medio de verificación del mérito de aspirantes pero fácilmente asimilables a sistemas de nombramientos, aplicables de manera subsidiaria³⁸ según

la Constitución, pero que tratándose de la carrera administrativa se convierte en principal³⁹ por ministerio de la ley.

La carrera administrativa es un conjunto de elementos dentro de los que están:

- *Sistema técnico de administración de personal.*
- Igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público.
- El mérito.
- Procesos de selección o concursos determinados por la ley.

Todo lo dicho, no contiene ningún argumento que impida que el legislador en desarrollo de sus competencias constitucionales, por argumentos fundamentados en la igualdad material, haga uso de su facultad de crear un sistema de nombramiento en la carrera administrativa que favorezca a los empleados del Estado con discapacidad con base en el mérito y calidad.

Igualdad en el acceso a la función Pública

En la cita *in extenso* de la Sentencia C-901/08, evidenciamos la situación a la que nos enfrentamos de invisibilidad, expresando unas consideraciones sobre el principio de igualdad que nosotros estamos lejos de desconocer, puesto que los presupuestos utilizados producen conclusiones en la línea expresada por la jurisprudencia, miremos:

“El numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política establece el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en condiciones de igualdad en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede, entre otras, tener acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, acogiéndose a las reglas del concurso público y con sujeción a los méritos y calidades propios (C.P. artículo 125). Esta posibilidad se deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, reconociendo la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, declara que pueden acceder “a todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos”.

“De ahí que haya precisado la Corte que el principio de igualdad está en contradicción con cualquier regulación que establezca requisitos ajenos al mérito y capacidad de los participantes, sin suficiente fundamento objetivo o que las pruebas no sean valoradas en forma razonable y proporcional a su importancia, teniendo en cuenta el cargo a proveer, pues con ello se estaría obstruyendo el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad”.

“Por tratarse de la realización efectiva de principios y derechos constitucionales, no le está permitido al Legislador, en consecuencia, diseñar sistemas específicos de carrera y reglas particulares de concurso que obstruyan la participación igualitaria de los ciudadanos o desconozcan los criterios del mérito. Con independencia del origen constitucional o legal de un régimen de carrera la Corte ha puntualizado:”

³⁹ Junto con los procesos de selección.

³³ Artículo 6° de la Ley 909 de 2004.

³⁴ Artículo 23 de la Ley 909 de 2004.

³⁵ La eficiencia de la administración.

³⁶ Y ascenso.

³⁷ Y ascenso.

³⁸ Es decir para cuando el sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley.

“(…)“los presupuestos normativos de los sistemas de concursos de la carrera administrativa estarán acordes con la Constitución: (i) si no se establece una distinción que disponga una regulación para el ascenso en la carrera y otra más restrictiva para el ingreso a la misma; (ii) si no se derivan de las normas que regulan la carrera, condiciones de desigualdad que impidan la determinación objetiva del mérito de cada concursante; (iii) si no se incluyen ítems de evaluación cuya aplicación proceda solo para algunos concursantes y no para todos; (iv) si no se disponen criterios de selección que evalúen la idoneidad frente a ciertas actividades específicas o técnicas, en condiciones desiguales entre los aspirantes vinculados a la entidad y los no vinculados; (...) Una regulación normativa que genere una situación contraria a cualquiera de los supuestos anteriores es sin duda inconstitucional.”.

Todo lo dicho en la transcripción parcial del fallo tiene como presupuesto el principio de igualdad, que nosotros respetamos íntegramente; desde el valor, principio y derecho de igualdad formal, basada en la idea o situación, que la sociedad está integrada (en palabras de **Habermas**), por *hombres libres e iguales*; desde ese punto de vista por supuesto que estamos de acuerdo, que las diferencias son odiosas y constituyen discriminación, subjetividad, clientelismo, amiguismo que terminan vulnerando el debido proceso, derecho de acceder a cargos públicos, derecho al trabajo, la lealtad, buena fe, confianza legítima; Argumentos verdaderos que nos permiten utilizarlos como prueba para repetir, que en este caso no existe cosa juzgada, ya que en el juicio Constitucional que terminó en la inexecutable de las iniciativas anteriormente referenciadas, la confrontación fue distinta; con un contenido normativo, contexto, argumentos y unidad normativa diversa. En este contexto, ideal por cierto, la Constitución nos trae una norma:

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

La parte negativa de este escenario; es decir; *sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica* explica nuestra relación, posición y situación frente a este fallo, puesto que no estando nosotros en este contexto oprobioso de discriminación, intentamos de nuevo, *entrar a unos provisionales en la carrera administrativa*, en términos formales muy parecidos a las iniciativas que, provocaron de varias sentencias de la Corte juicios severos, por vulneración al principio⁴⁰ de igualdad.

⁴⁰ Ver por ejemplo las Sentencias C-808 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-158 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-384 de 2005, MP: Rodrigo Escobar Gil. Igualmente es contrario a la Constitución, seleccionar o descalificar a una persona que participa en un proceso de selección mediante concurso con base en preferencias personales, animadversión, o motivos subjetivos, o secretos. Ver por ejemplo, las Sentencias C-371 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz, y T-514 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En la

Esta parte negativa de la norma, como su argumentación jurisprudencial muestran el derecho de igualdad en su lado formal, sin que nosotros, alegando lo opuesto, podamos ser ubicados como lo contrario jurídica y fácticamente, por ello estamos lejos de ser considerados como discriminadores, sino que paradójicamente, aduciendo formalmente lo mismo que sus contradictores, nos fundamentamos en el principio de igualdad y nos quejamos de discriminación.

Este tema se ha tratado como si la igualdad en Colombia no tuviera normativa y jurisprudencialmente otro lado completamente distinto pero complementario para sacar el tema de la formalidad y la idealidad. Empecemos por traer la transcripción del resto del artículo 13 Constitucional;

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

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

La idea de igualdad formal, no solo está relacionada con una serie de derechos caracterizados por su formalidad, sino que también responde a ambientes políticos, en los que el Estado tenía un rol pasivo de no intervención en los procesos económicos y políticos, sociales, suponiendo un contexto igualitario en el que el mercado haría surgir las potencialidades de los individuos, llevando la sociedad hacia la prosperidad y la felicidad, dando por hecho que las imperfecciones terminarían corrigiéndose en el transcurso de las dinámicas; pero todos sabemos que dicho modelo, además de no solucionar desigualdades anteriores, terminó ensanchándolas y creando nuevas; lo que dio paso a un nuevo modelo de Estado con un comportamiento intervencionista en los procesos económicos, políticos y sociales, con el fin de corregir las distorsiones producidas por el ejercicio de un mercado libre en todos los aspectos de la sociedad, reconociendo por diferentes motivos la existencia en la sociedad de personas diferentes, ameritando la revisión del contenido del principio de igualdad formal y la vieja fórmula de tratar por igual a todas las personas, dando paso a los derechos de prestación en los que el Estado asumía responsabilidades y obligaciones frente a las personas, pasando los derechos de formales a materiales y reconociendo otros de diferente índole, desplazándose de la visión negativa de respeto por los derechos, a la positiva promocionar-

Sentencia T-514 de 2001, por ejemplo, se dijo que *“la decisión de no incluir en la lista de elegibles o no nombrar en el cargo a proveer a la persona que obtuvo el mejor puntaje en el concurso, debe ser motivada y fundarse en razones objetivas, sólidas y expresas que sean de tal magnitud que, de modo evidente, desaconsejen la designación del candidato por resultar claro que sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso, lo muestran como indigno de obtener, conservar o recuperar su cargo, o acusen, fuera de toda duda, que antes incumplió sus deberes y funciones.*

los y remover los obstáculos e impedimentos para su disfrute por parte de las personas.

En ese marco, existen unos sujetos en la sociedad, que se les achaca como causa de su limitación sus condiciones personales⁴¹ y que a pesar de tener que hacer exponencialmente más esfuerzo para llegar al mismo resultado que el resto de sus compatriotas, de tener el mundo configurado en sentido inverso a sus potencialidades, habilidades y posibilidades, de ser tratados sistemáticamente por diferentes caminos con compasión, burla, impaciencia, con el único destino de la segregación, marginación y la indiferencia, sin los medios naturales y sociales que el resto de sus compatriotas tiene a su disposición, ser obligados a compartir los fines del resto de connacionales como si no fueran diferentes:

Se les quiere a pesar de su diferencia y de lo que ello significa tratar igualitariamente como nos parece sucedió con la sentencia anteriormente transcrita y otras que de cara al concurso⁴² por ejemplo, como si el esfuerzo, fines, medios y medio social no fuera distinto en clave negativa para esta población, predicando que no existe razón alguna para hacer diferencia⁴³.

Con esta iniciativa buscamos que se valore con el contenido normativo, argumentación y contexto pertinente, la pretensión en clave de acción afirmativa, de estos empleados del Estado a ser ingresados en la carrera, primeramente, en atención a sus **méritos**⁴⁴ ya referenciados, cuando se hace diferencia en el esfuerzo, fines, medios, medio social, suponiendo que en estos años del desempeño del cargo, han llegado a resultados que la administración considera satisfactorios, en términos de cumplimiento de los fines del Estado que les corresponden y en segundo lugar teniendo en cuenta las **calidades**, punto en que queremos llamar la atención en presencia de una aparente redundancia con el punto anterior, puesto que según el artículo 28 de la Ley 909 de 2004, uno de los elementos del mérito, son las calidades académicas;

“Artículo 28. Principios que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa. La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios:

a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las **calidades académicas**, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;”.

⁴¹ Modelo médico.

⁴² No obligatorio en términos exclusivos para verificar el mérito.

⁴³ Confesamos nuestra aspiración de que se haga diferencias en los concursos tal como lo expresa la aclaración de voto de JAIME ARAÚJO RENTERÍA, pero se hará en otra oportunidad.

⁴⁴ Con la discapacidad, llegar al mismo resultado que los demás es mucho más meritorio genéricamente hablando.

En el artículo 31 de la misma ley se amplía el contenido del concepto por el mismo sendero ya revisado

*“Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las **calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos**”.*

Si las calidades académicas e incluso las relacionadas con el desempeño del empleo, están incluidas en el punto anterior ¿de qué calidades se está hablando en este punto?

Revisando algunas sentencias de la Corte encontramos, por un lado, un tratamiento redundante de este punto, confundiendo su contenido con el punto anterior del mérito y por el otro relacionando calidad con derecho de igualdad formal (como en este Fallo C-041 de 95) sin darle cabida a la igualdad material que podría llevar la argumentación del contenido de calidades, a los terrenos de colombianos diferentes y sus posibilidades de acceder por esa razón a los cargos públicos del Estado;

“El acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes (C.P. artículo 125), es una manifestación concreta del derecho a la igualdad (C.P. artículo 13) y al desempeño de funciones y cargos públicos (C.P. artículo 40-7). La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado.

El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales.”.

Toda la argumentación gravita en torno a la igualdad formal, como si toda la población objeto de esas acciones del Estado fuera igual y estuviera en idénticas condiciones.

En la Observación número 25 de 1996 del Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al referirse al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en particular, al aludir al literal c) se indicó lo siguiente:

“El apartado c) del artículo 25 se refiere al derecho y a la posibilidad de los ciudadanos de acceder, en condiciones generales de igualdad, a cargos públicos. Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos. Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual

acceso. Si el acceso a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política. Reviste especial importancia garantizar que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de los derechos que les corresponden conforme al apartado c) del artículo 25 por cualquiera de los motivos especificados en el párrafo 1º del artículo 2º”.

Precisamente por la relevancia del derecho a la igualdad, la Convención Americana de Derechos Humanos se ocupa de definir los criterios que pueden ser empleados para fijar restricciones al derecho previsto en el literal c), numeral 1, del artículo 23.

De allí se deriva una habilitación estatal específica a efectos de que la ley regule el acceso a la función pública teniendo como criterios la edad, la nacionalidad, la residencia, el idioma, la instrucción, la capacidad civil o mental, o la condena, por juez competente, en proceso penal.

LEY ESTATUTARIA SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD⁴⁵

Por su deber de desarrollar obligaciones internacionales del Estado colombiano, esta ley estatutaria, se debe entender en estrecha concordancia con la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 e incorporada a nuestro derecho interno mediante Ley 1346 de 2009 con la respectiva Sentencia C-293/2010 y aunque no se haga mención explícita esta propuesta normativa incluye a la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental* (1971) y la *Declaración de los Derechos de los Impedidos* (1975), y las *Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad* (de carácter no vinculante, adoptadas en 1993).

Dentro del ámbito continental se destaca también la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* de 1999, incorporada al derecho interno por Ley 762 de 2002, una de cuyas estipulaciones (artículo 3º) compromete a los Estados suscriptores a adoptar las medidas de carácter legislativo que resulten necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

Pero en realidad esta ley estatutaria no hace cosa distinta que **sistematizar** en un instrumento de mayor jerarquía normativa las dispersas normas existentes sobre la discapacidad, **positivizar** la activa jurisprudencia Constitucional sobre reglas y mandatos, (identificados por los jueces de tutela y de control de nuestra Constitución) sobre este 6% de la población nacional, **garantizar** el ejercicio efectivos de los derechos de esta población con medidas de inclusión, acción afirmativa y ajustes razonables.

ACCIONES AFIRMATIVAS

Hay que tener en cuenta que en este tema de la discapacidad, **la mayoría de las medidas y accio-**

nes impuestas al Estado como obligación, tienen el carácter de acciones afirmativas que como se sabe jurisprudencialmente, “*alude a todas aquellas medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos que tradicionalmente han sido marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social.*”; comprende entre otras, medidas de carácter legislativo **de contenido específico**⁴⁶ y tienen como especie las acciones de discriminación positiva.

El presente proyecto de ley en cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado colombiano, en armonía con nuestra reciente ley estatutaria, propone una **acción afirmativa** en beneficio de la población en estado de discapacidad que hacen parte de nuestro Estado en calidad de empleados provisionales; se trata, por las razones expresadas, de plasmar en una ley, un trato ventajoso y formalmente desigual con el fin de favorecer al mencionado grupo de colombianos, para lo cual se propone modificar en el sentido ya expresado la Ley 909 de 2004, a nuestro juicio desactualizada en relación al desarrollo del valor de la igualdad material, en especial con la discapacidad, tratada en esta norma con medidas formalistas, que proponen un trato igual para el desigual, desconociendo entre otros, el artículo 13 de nuestra Constitución, que por ello se convierte en el fundamento de esta iniciativa en clave de acción afirmativa para tratar de dar en este contexto, equilibrio a la desigual distribución de los empleos públicos, tal como ya se ha realizado legislativamente, con otras situaciones de discriminación, como por ejemplo mujeres y grupos étnicos.

Esta medida legislativa es razonable como lo exige la jurisprudencia Constitucional; puesto que una hipotética incorporación laboral, óptima y plena de todos estos empleados en estado de discapacidad, no significa poner en desventaja al resto de los empleados que no se encuentran en esta situación, ni implican un menoscabo representativo, sino muy al contrario da un paso hacia el cese de la discriminación en Colombia y otro hacia el equilibrio predicado por nuestra Constitución; ya que lo concedido (se arranca) es parte del plus o porción negado a esta población gracias a la metodología de acceso hasta ahora utilizada, que los filtra con mayor intensidad, construyendo legalmente discriminación y por lo cual nuestro Estado reconoce en términos de deber (al hacer parte de tratados), adoptar todas las **medidas legislativas**, que sean pertinentes **para modificar o derogar leyes**, reglamentos, existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad y hacer efectivos los derechos reconocidos. Se estima que son 120.000 empleados en calidad de provisionalidad y el porcentaje de empleados con discapacidad no supera el 5% porque estimamos serían menos de 6 mil empleados.

Por último atendiendo el artículo 5º de la Ley 1346 de 2009, estas medidas (acciones afirmativas)

⁴⁵ Vamos a tener en cuenta principalmente la Sentencia C-765 de 2012 transcribiendo muchos de sus apartes.

⁴⁶ Como lo manda la jurisprudencia constitucional.

cuya teleología radica en acelerar o lograr igualdad de hecho de las personas con discapacidad **no se podrán considerar discriminatorias.**

“Artículo 5º. Igualdad y no discriminación.

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.”.

de 2013 Senado, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Senador *Félix José Valera*.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 29 de octubre de 2013

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el **Proyecto de ley número 134 de 2013 Senado**, por la cual se implementa una acción afirmativa que garantiza la estabilidad laboral reforzada a servidores públicos en estado de discapacidad, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por el honorable Senador Félix José Valera Ibáñez. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Séptima Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 29 de octubre de 2013

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

Cumplase.

Presidente del honorable Senado de la República,

Juan Fernando Cristo Bustos.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.



Por el cual se implementa una acción afirmativa que garantiza la estabilidad laboral reforzada a servidores públicos en estado de discapacidad.

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

El día 29 del mes de octubre del año 2013 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 134

CONTENIDO

Gaceta número 872 - Martes, 29 de octubre de 2013

SENADO DE LA REPÚBLICA	Págs.
PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO	
Proyecto de acto legislativo número 12 de 2013 Senado, por la cual se desarrollan los artículos 116 y 221 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.....	1
PROYECTOS DE LEY	
Proyecto de ley número 133 de 2013 Senado, por medio del cual se dictan medidas para combatir los grupos criminales armados y organizados, dentro del territorio nacional.....	3
Proyecto de ley número 134 de 2013 Senado, por la cual se implementa una acción afirmativa que garantiza la estabilidad laboral reforzada a servidores públicos en estado de discapacidad.....	16