



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

[www.imprenta.gov.co](http://www.imprenta.gov.co)

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXXI - N° 963

Bogotá, D. C., jueves, 25 de agosto de 2022

EDICIÓN DE 57 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO

SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

[www.secretariasenado.gov.co](http://www.secretariasenado.gov.co)

JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA

SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA

[www.camara.gov.co](http://www.camara.gov.co)

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## CÁMARA DE REPRESENTANTES

### PROYECTOS DE LEY

#### PROYECTO DE LEY NÚMERO 108 DE 2022 CÁMARA

*por el cual se crea el Régimen de Tratamiento Penal Alternativo para la Seguridad y la Convivencia Ciudadana.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese un libro IX al Código de Procedimiento Penal que constará de los títulos, capítulos y artículos que se señalan a continuación:

LIBRO IX

DEL TRATAMIENTO PENAL ALTERNATIVO

TÍTULO I

DEL RÉGIMEN ALTERNATIVO

Capítulo I

#### Disposiciones generales

Artículo 2°. Adiciónese un artículo 565 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 565. Objeto.** El presente título persigue la intervención preventiva y transformadora frente a conductas que afectan la convivencia y la seguridad ciudadana y cuya trascendencia en la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicamente protegidos requiere un tratamiento diferenciado o especial, enfocado principalmente en evitar o detener el proceso de escalamiento criminal a través de la implementación de un régimen alternativo que de forma progresiva y ascendente responda a los diversos grados de intensidad de las conductas criminales, adoptando para el efecto diversas medidas de justicia restaurativa, transformadora y retributiva.

Así mismo, se establece también un procedimiento ágil y expedito, que permita la imposición oportuna de medidas de contenido transformador y sanciones

efectivas, que garanticen a la ciudadanía condiciones reales de seguridad y convivencia pacífica.

Artículo 3°. Adiciónese un artículo 566 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 566. Ámbito de aplicación.** El régimen de alternatividad penal previsto en este título se aplicará exclusivamente a las personas que hayan incurrido en las conductas descritas en el artículo 568, siempre y cuando sea la primera vez que cometen una conducta punible o cuando menos haya transcurrido un término superior a cinco años (5) entre la comisión de la nueva conducta y la concesión de la libertad por cumplimiento de una pena o una sanción de privación transformadora y efectiva de la libertad.

Las personas que no se encuentren cobijadas por el ámbito de aplicación establecido en este artículo se les deberá aplicar el régimen penal ordinario.

Artículo 4°. Adiciónese un artículo 567 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 567. Son principios del régimen de alternatividad penal:**

**Principio de justicia restaurativa.** La justicia restaurativa es una forma alternativa de abordar la criminalidad centrada en la reparación de la relación entre víctima, victimario y sociedad, a través de la utilización de mecanismos dialógicos de conciliación y mediación que promuevan la reparación integral de los daños causados.

**Principio de justicia transformadora.** Las medidas de contenido transformador entienden que el derecho no es simplemente un conjunto de mecanismos para castigar conductas o reparar daños, sino que también puede ser una oportunidad que, en el marco del Estado Social de Derecho, permita promover la transformación individual de los condenados mediante el otorgamiento de

diversas herramientas educativas y sociales que les permitan desarrollar sus capacidades, evitando con ello la reincidencia en conductas delictivas.

**Principio de justicia retributiva efectiva.**

La justicia retributiva efectiva considera que, para garantizar la convivencia, la seguridad y el cumplimiento del principio de prevención general negativa, no debe abusarse del efecto simbólico del derecho a través del aumento de penas sino principalmente deben garantizarse condiciones diligentes y oportunas de persecución, enjuiciamiento y sanción real de las conductas punibles cometidas.

Artículo 5°. Adiciónese un artículo 568 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 568. Contravenciones Penales.** De acuerdo con el ámbito de aplicación de la presente norma, se aplicará el tratamiento penal alternativo incluido en este título únicamente a los tipos penales señalados a continuación:

1. Lesiones personales con incapacidad para trabajar o enfermedad inferior a treinta (30) días contempladas en el artículo 112 del Código Penal.
2. Lesiones personales con incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días y hasta noventa (90) días, contempladas en el artículo 112 del Código Penal.
3. Hurto establecido en el artículo 239 de Código Penal, en cuantía que no exceda de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
5. Hurto calificado por las causales 1, 2, 3 y 4 del artículo 240 del Código Penal, en cuantía que no exceda los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
6. Hurto calificado sobre medio motorizado, sus partes esenciales o mercancías o combustibles que se lleve en ellos, de que trata el inciso 8° del artículo 240 del Código Penal, siempre y cuando la cuantía no supere los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
7. Hurto agravado por las causales 1, 2, 5, 7, 8, 9, 10 y 11 del artículo 241 del Código Penal, en cuantía que no exceda los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
8. Estafa de que trata el artículo 246 del Código Penal, siempre que la conducta no supere los diez (10) salarios mínimos legales vigentes.

Artículo 6°. Adiciónese un artículo 569 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 569. Necesidad y Justicia Restaurativa.**

En la aplicación del presente título se preferirán los mecanismos restaurativos y transformadores, en este sentido los procedimientos para la imposición de medidas contravencionales deberán buscar que en todo proceso la víctima y el posible contraventor

puedan participar activamente en una resolución restaurativa de conflicto.

Una solución restaurativa deberá contener como mínimo actuaciones de acuerdo con las cuales el posible contraventor acepte su responsabilidad en la conducta, aporte materialmente en la reintegración de los derechos conculcados de la víctima y también se comprometa a aportar en la reparación general a la sociedad a través de mecanismos de contenido transformador.

Cuando se logre una solución restaurativa no será necesaria la imposición de medidas privativas de la libertad al contraventor quien quedará bajo libertad provisional sometida a prueba, sin embargo, deberán imponerse medidas de contenido transformador tanto a favor de la propia resocialización del contraventor como a favor de la sociedad mediante el trabajo social, participación en programa de contenido social reparador o programa de tratamiento y rehabilitación de adicciones, según proceda en cada caso.

Artículo 7°. Adiciónese un artículo 570 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 570. Suspensión provisional a prueba.**

Cuando se haya logrado una solución restaurativa el infractor quedará sometido a suspensión provisional a prueba por el término de cinco (5) años. En caso de que el contraventor reincida en alguna de las conductas descritas en el artículo 568 de este código deberá levantarse la libertad provisional y aplicarse de manera automática e inmediata la sanción de privación transformadora y efectiva de la libertad.

En caso de que la conducta cometida en el periodo de suspensión provisional a prueba no sea objeto de tratamiento alternativo, deberá aplicarse el régimen penal ordinario.

También deberá levantarse la libertad provisional y aplicarse de manera automática e inmediata la sanción de privación transformadora y efectiva de la libertad en los casos en los cuales el contraventor incumpla de forma grave las medidas de contenido transformador impuestas.

Artículo 8°. Adiciónese un artículo 571 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 571. Centros de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana.**

Autorícese a los distritos y municipios la creación de Centros de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana (CERTS) que estarán financiados como mínimo en un 80% de su construcción, adecuación, dotación y operación por parte del Gobierno nacional.

Los Centros de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana serán establecidos en el lugar que determina la respectiva alcaldía municipal o distrital y estarán bajo la dirección de cada ente territorial, en ellos se cumplirá la privación transformadora y efectiva de la libertad y se deberán garantizar que en ellos se puedan realizar medidas de contenido transformador.

**Parágrafo 1º.** Autorícese al Gobierno nacional y a los entes territoriales a adecuar los establecimientos carcelarios o penitenciarios que existan para convertirlos en Centros de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana (CERTS).

**Parágrafo 2º.** La construcción y localización de Centros de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana, así como para cualquier otro equipamiento necesario para la seguridad y convivencia, constituye un determinante de superior jerarquía en los términos del artículo 10 de la Ley 388 de 1997 y por lo tanto el respectivo alcalde distrital o municipal podrá establecer su construcción en el lugar que para el efecto determine.

## CAPÍTULO II

### De las medidas con contenido transformador

Artículo 9º. Adiciónese un artículo 572 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 572. Medidas de contenido transformador.** Las medidas de contenido transformador tienen por objeto promover transformaciones individuales y sociales que permitan garantizar la convivencia y la seguridad ciudadana dentro del marco del Estado Social de Derecho. Las medidas con contenido transformador son:

- A) Participación obligatoria en programas de instrucción en artes, oficios o educación formal.
- B) Participación obligatoria en programas de contenido social reparador.
- C) Participación obligatoria en programas de tratamiento y rehabilitación de adicciones.
- D) Trabajo social no remunerado.

**Parágrafo 1º.** Corresponde a la autoridad que deba imponer la medida de contenido transformador determinar, de acuerdo con la gravedad e impacto de la conducta contravencional, la idoneidad de la medida o medidas de contenido transformador a imponer.

**Parágrafo 2º.** Las medidas de contenido transformador podrán ser concurrentes entre ellas. Estas medidas serán de obligatorio cumplimiento y deberán llevarse a cabo en instituciones públicas o privadas, así como en los Centros de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana (CERTS) cuando así corresponda.

**Parágrafo 3º.** El Gobierno nacional, dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley, reglamentará el marco general bajo el cual se desarrollarán las medidas de contenido transformador no privativas de la libertad señaladas en los literales a), b), c) y d) del presente artículo. También tendrán competencia los alcaldes municipales y distritales para reglamentar, de acuerdo con las características y circunstancias propias de cada ente territorial, el contenido y la

forma en que se desarrollarán estas medidas de contenido transformador.

Artículo 10. Adiciónese un artículo 573 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 573. Participación obligatoria en programas de instrucción en artes, oficios o educación formal.** La participación obligatoria en programas de instrucción en artes, oficios o educación formal se podrá llevar a cabo en instituciones públicas o privadas, así como también dentro de los Centros de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana (CERTS) para las personas que se encuentren con medida efectiva de privación de la libertad.

Los distritos y municipios deberán crear programas de instrucción en artes, oficios o educación formal que doten a los contraventores de habilidades y conocimientos que les permitan desarrollar su proyecto de vida en la legalidad.

Corresponde al Gobierno nacional concurrir en el apoyo y financiación de estos programas a través del Ministerio de Educación Nacional y el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena).

Artículo 11. Adiciónese un artículo 574 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 574. Participación obligatoria en programa con contenido social reparador.** La participación obligatoria en programas con contenido social reparador deberá tener un término de duración no inferior a seis (6) meses y no mayor a dos (2) años, se prestará exclusivamente en instituciones públicas y tendrá como finalidad la realización de actividades con contenido reparador para la comunidad.

Estos programas se ejecutarán preferencialmente los sábados, domingos o festivos y deberán consistir en actividades que tengan un impacto favorable en la comunidad.

Los entes territoriales podrán otorgar subsidios o reconocimientos monetarios o en especie como consecuencia de la participación en los programas de que trata este artículo, los cuales en ningún caso generarán relación laboral.

Corresponde a los entes territoriales organizar y reglamentar los programas con contenido social reparador.

Artículo 12. Adiciónese un artículo 575 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 575. Participación obligatoria en programa de tratamiento y rehabilitación de adicciones.** La participación obligatoria en programas de tratamiento y rehabilitación de adicciones podrá realizarse dentro de los Centros de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana (CERTS) o como un programa externo en los casos de libertad a prueba de contraventor por solución restaurativa.

La participación obligatoria en programa de tratamiento y rehabilitación de adicciones deberá

imponerse siempre que se encuentre demostrados que el contraventor padece de adicción de drogas estupefacientes o sicotrópicas, o que la conducta contravencional fue cometida bajo el influjo de drogas estupefacientes o psicotrópicas.

**Parágrafo.** Corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social reglamentar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expedición de la presente ley y de acuerdo con el soporte científico correspondiente, las condiciones y el término de duración de los programas de tratamiento y rehabilitación de adicciones, los cuales deberá revisar periódicamente.

Artículo 13. Adiciónese un artículo 576 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 576. Trabajo Social No Remunerado.** El trabajo social no remunerado se llevará a cabo en instituciones públicas o privadas que cumplan una función social y podrá implicar la participación en campañas a favor de los derechos de las víctimas. Este trabajo se llevará a cabo, en lo posible, teniendo en cuenta la profesión, arte u oficio que desempeñe el contraventor.

La ejecución del trabajo social no remunerado se ceñirá a las siguientes condiciones:

1. Su duración máxima no podrá exceder de ocho (8) horas diarias y cuarenta (40) horas semanales.
2. Su duración total será de mínimo ocho (8) semanas y máximo veinticuatro (24) semanas.
3. La prestación no será remunerada, pero el trabajador tendrá derecho a una (1) hora de descanso por día y deberá cubrirse los pagos en salud y riesgos laborales.

### CAPÍTULO III

#### De las sanciones transformadoras y de las privaciones efectivas de la libertad

Artículo 13. Adiciónese un artículo 577 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 577. Sanciones efectivas.** Serán sanciones efectivas la multa y la privación transformadora y efectiva de la libertad.

Artículo 14. Adiciónese un artículo 578 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 578. Sanción de multa.** La pena de multa constituye en pago que hace en dinero el contraventor a la respectiva entidad territorial.

**Parágrafo 1º.** La autoridad competente podrá establecer plazos razonables, de acuerdo con la capacidad de pago del infractor, para que este realice el pago de la multa. Los plazos para el pago de la multa no podrán superar los veinticuatro (24) meses.

**Parágrafo 2º.** En cualquier momento que la autoridad encuentre demostrado que el contraventor está en incapacidad de pagar la multa, este deberá conmutarla por trabajo social no remunerado en proporción de dos (2) semanas de trabajo social no

remunerado por cada salario mínimo legal mensual vigente que adeude el contraventor.

**Parágrafo 3º.** Los dineros recaudados por conceptos de multas serán recaudados por el respectivo ente territorial quien los podrá apropiar de manera exclusiva para la implementación y cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley.

Artículo 15. Adiciónese un artículo 579 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 579. Privación transformadora y efectiva de la libertad.** La privación transformadora y efectiva de la libertad se cumplirá en los Centros de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana (CERTS).

Para garantizar el cumplimiento efectivo de las sanciones no se podrán aplicar beneficios penitenciarios para efectos de la reducción de la privación transformadora y efectiva de la libertad.

Artículo 16. Adiciónese un artículo 580 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 580. Privación transformadora y efectiva de la libertad por incumplimiento de multas o medidas con contenido transformador.** El incumplimiento del pago de las multas o de su conmutación, así como el incumplimiento de las medidas con contenido transformador dará lugar inmediato a la privación transformadora y efectiva de la libertad.

Corresponde a las autoridades encargadas de la ejecución de las medidas con contenido reparador, revisar que el contraventor esté dando estricto cumplimiento a la medida o medidas impuestas y así lo certificará ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. También deberá informar de manera inmediata a esta autoridad judicial cualquier incumplimiento de la medida.

Artículo 17. Adiciónese un artículo 581 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 581. Dosimetría alternativa, efectiva y transformadora.** Con el objeto de garantizar el cumplimiento efectivo de las sanciones, la dosimetría de la multa y de la privación transformadora y efectiva de la libertad que se pueden imponer con arreglo a este tratamiento alternativo, deberá realizarse tomando como base las penas establecidas para las respectivas conductas descritas en la parte especial del Código Penal, disminuidos en la mitad del máximo y en la mitad del mínimo.

Para los demás efectos de individualización de la sanción se aplicarán los criterios generales de dosimetría penal establecidos en la Ley 599 de 2000.

**Parágrafo.** Como consecuencia de tratamiento alternativo y del principio de sanción efectiva, la privación transformadora y efectiva de la libertad no podrá ser objeto de preacuerdos o negociaciones, subrogados, suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional, prisión domiciliaria o cualquier otro beneficio de carácter penal o

penitenciario y por tanto deberá cumplirse en el CERTS en su totalidad.

Solo se podrá reconocer una reducción de hasta la mitad de la pena imponible en caso de que el indiciado acepte los cargos antes de la audiencia preparatoria y de hasta una tercera parte si la aceptación se produce antes de la audiencia concentrada de juzgamiento.

## TÍTULO II

### DISPOSICIONES PROCESALES

#### CAPÍTULO PRIMERO

##### **Procedimiento contravencional efectivo**

Artículo 18. Adiciónese un artículo 582 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 582. Procedimiento contravencional efectivo.** El enjuiciamiento de las conductas contravencionales establecidas en el presente título se realizará de acuerdo con las reglas del procedimiento contravencional efectivo que se señalan a continuación.

Artículo 19. Adiciónese un artículo 583 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 583. Querella y oficiosidad.** La iniciación del proceso contravencional de que trata la presente ley requerirá querella de parte frente a las conductas que así lo establezca el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, salvo cuando se trate de la captura en flagrancia, en cuyo caso el proceso será iniciado de oficio.

La investigación de oficio frente a una conducta que requería querella no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querella, entre ellos el desistimiento y la conciliación.

Artículo 20. Adiciónese un artículo 584 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 584. Titularidad del ejercicio de la acción penal.** De acuerdo con lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 250 de la Constitución Política de 1991, la acción penal frente a las conductas establecidas en la presente ley podrá ser ejercida por:

1. La Fiscalía General de la Nación.
2. El acusador público: Que podrá ser un servidor público o un contratista adscrito a la respectiva alcaldía municipal o distrital.
3. El acusador privado: De acuerdo con lo establecido en la Ley 1826 de 2017.

Para el ejercicio del acusador público o del acusador privado frente a la acción contravencional deberán seguirse las mismas reglas de la conversión de la acción penal de que trata la Ley 1826 de 2017. En el caso del acusador público, si la Fiscalía General de la Nación no se pronuncia sobre la solicitud de conversión de la acción contravencional dentro del término de los quince (15) días hábiles después de efectuada la respectiva petición, se entenderá para todos los efectos que la conversión ha sido concedida y podrá asumirla inmediatamente

el acusador público designado para el efecto por el ente territorial.

Artículo 21. Adiciónese un artículo 585 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 585. Audiencia preliminar restaurativa.** Una vez recibida la respectiva querella o en los casos en los que se deba adelantar la investigación de oficio, el fiscal, el acusador público o el acusador privado citarán por el medio más eficaz posible, dentro de término máximo de quince (15) días, al presunto contraventor, para realizar una audiencia preliminar restaurativa, informándole para el efecto el lugar, la fecha y la hora fijada para su realización, así mismo informará de esta a la víctima.

En la audiencia preliminar restaurativa el titular de la acción contravencional deberá buscar mecanismos de mediación y conciliación a efecto de que las partes puedan llegar a una solución restaurativa de acuerdo con lo establecido en la presente ley.

En caso de que sea posible pactar dicha solución restaurativa el fiscal, el acusador público o el acusador privado elevará un acta donde conste el cumplimiento de los requisitos establecidos en este capítulo y deberá ponerlo a consideración del Juez Municipal de Conocimiento de Contravenciones quien mediante decisión motivada procederá a determinar las medidas transformadoras que deberá cumplir el contraventor, así como realizará el seguimiento al cumplimiento de estas.

**Parágrafo.** En ningún caso la víctima será obligada a concurrir a esta audiencia y si lo desea podrá manifestar por escrito su deseo de que el caso no se adelante por medio de un mecanismo restaurador, por lo que deberá decretarse con fracasada esta audiencia y proceder inmediatamente con la presentación del escrito de acusación de que trata el artículo siguiente.

Artículo 22. Adiciónese un artículo 586 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 586. Audiencia preparatoria.** En los casos en los cuales no sea posible llegar a una solución restaurativa, el titular de la acción contravencional presentará escrito de acusación ante el Juez Penal Municipal de Conocimiento de Contravenciones a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la realización de la audiencia preliminar restaurativa.

En los casos de flagrancia la audiencia preparatoria deberá realizarse en un término no mayor a un (1) mes siguiente a la realización de la audiencia preliminar restaurativa.

El escrito de acusación deberá contener como mínimo la individualización concreta del o los acusados, una relación clara y sucinta de los hechos relevantes, la tipificación de la conducta contravencional y el descubrimiento de las pruebas que serán usadas en la audiencia concentrada de juicio.

Una vez recibido el escrito de acusación por el Juez Penal Municipal con función de Conocimiento de Contravenciones este lo trasladará al presunto contraventor y a su abogado de confianza por el término de quince (15) días hábiles. En caso de que este no tenga abogado de confianza se le deberá asignar un abogado de oficio.

Trascurrido el término señalado en el inciso anterior, el Juez Penal Municipal con función de Conocimiento de Contravenciones citará a audiencia preparatoria en un término no mayor a treinta (30) días. En dicha audiencia las partes de forma oral presentarán posibles causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades procesales. Una vez resueltos, el juez dará la palabra al titular de la acción penal para que proceda de forma sucinta a precisar los hechos contravencionales y las posibles consecuencias jurídicas que de estos se desprendan, así como procederá a exhibir las pruebas que pretende usar en contra del presunto contraventor o las que ha solicitado sean practicadas.

Posteriormente, el juez dará la palabra al presunto contraventor y a su abogado para que realicen las manifestaciones que consideren pertinentes. En este estado el presunto contraventor podrá allanarse a los cargos de la acusación para lo cual podrá recibir una reducción de hasta la tercera parte de la medida de privación transformadora y efectiva de la libertad a que haya lugar.

En caso de que el presunto contraventor no acepte los cargos, su abogado procederá a pedir o presentar las pruebas que pretenda hacer valer en la audiencia concentrada de juicio.

Una vez concluida la intervención de la defensa, el Juez declarará oficialmente acusado al presunto contraventor y procederá a decretar las pruebas que le han sido presentadas y solicitadas, conforme las reglas probatorias establecidas en la Ley 600 de 2000 y de acuerdo con el principio de permanencia de la prueba.

Al finalizar la audiencia el Juez procederá a fijar fecha para la audiencia concentrada de juzgamiento, la cual se realizará dentro del término máximo de los quince (15) días hábiles siguientes.

Artículo 23. Adiciónese un artículo 587 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 587. Audiencia concentrada de juzgamiento.** El juez procederá a verificar la asistencia de las partes y procederá a practicar las pruebas decretadas, primero lo hará con las pruebas aportadas y solicitadas por el fiscal, acusador público o acusador privado, y luego con las aportadas y solicitadas por el acusado. En todo caso, se garantizará durante la audiencia el derecho de las partes de controvertir oralmente las pruebas aportadas.

Una vez finalizada la práctica de las pruebas, el juez dará el uso de la palabra a las partes para que expongan de manera oral los argumentos conclusivos, luego de lo cual decretará la conclusión del debate.

Una vez concluido el debate, el juez deberá pronunciar el sentido de fallo, para lo cual podrá decretar un receso de hasta un (1) día.

Dentro de los cinco (5) días siguientes a la terminación de la audiencia concentrada de juzgamiento, el juez notificará el fallo debidamente motivado. El fallo podrá ser apelado ante el superior, por escrito en el cual se precisen los motivos de inconformidad, documento que deberá ser presentado al juez de primera instancia dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del fallo.

Artículo 24. Adiciónese un artículo 588 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 588. Apelación.** El juez de primera instancia en caso de conceder el recurso de apelación lo remitirá a su superior con el expediente, una vez recibido por el superior este dará traslado a las demás partes e intervinientes para que se pronuncien dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su traslado. Una vez vencido este término, el juez de segunda instancia proferirá fallo motivado por escrito en el término máximo de veinte (20) días hábiles siguientes.

El fallo de segunda instancia será notificado personalmente a las partes y remitido al juez de primera instancia para que este disponga las medidas necesarias para su inmediato cumplimiento y ejecución.

Artículo 25. Adiciónese un artículo 589 al Código de Procedimiento Penal, el cual quedará así:

**Artículo 589. Principio de favorabilidad.** Las personas que, al momento de la entrada en vigencia del régimen establecido en el presente título, estén cumpliendo penas únicamente por las conductas del ámbito de aplicación del régimen de alternatividad penal y que no hubieren tenido antecedentes en los cinco (5) años anteriores a la comisión de la conducta penal por la que estén cumpliendo actualmente condena, podrán acogerse al presente régimen de contravenciones de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Quienes no hayan cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta podrán solicitar la conversión de su sanción a privación transformadora de la libertad por el término de un año o lo que le falte por cumplir si es inferior.
2. Quienes hayan cumplido más de las dos terceras partes de la pena impuesta podrán solicitar la sustitución por una de las medidas no privativas de la libertad con contenido transformador.

Artículo 26. *Vigencia.* La presente ley entrará en vigencia a partir del año siguiente a la fecha de su promulgación, salvo el artículo 8° de esta ley que entrará a regir desde la promulgación.

Parágrafo 1°. Corresponde al Consejo Superior de la Judicatura adelantar las actividades administrativas necesarias para crear y organizar los Jueces Penales Municipal con función concurrente

o exclusiva de Conocimiento de Contravenciones de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional.

Parágrafo 2°. Autorícese al Gobierno nacional para que, a través del Ministerio de Justicia y del Derecho, adelante las gestiones necesarias para garantizar la creación, adecuación y puesta en funcionamiento de los Centro de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana dentro del término establecido en este artículo.

Parágrafo 3°. Corresponde a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, establecer pliegos tipos de condiciones para la construcción de los Centros de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana (CERTS) de manera diferencial de acuerdo con las categorías de distritos y municipios y de forma coordinada con el Ministerio de Justicia y del Derecho.

De los honorables Congresistas,

  
ANGÉLICA LOZANO CORREA  
Senadora de la República  
Partido Alianza Verde

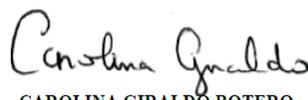
  
OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ  
Representante a la Cámara  
Partido Alianza Verde

  
JUAN CARLOS GARCÍA GÓMEZ  
Senador de la República  
Partido Conservador Colombiano

  
JUAN SEBASTIÁN GÓMEZ  
GONZÁLEZ  
Representante a la Cámara por Caldas  
Nuevo Liberalismo

  
NADIA GEORGETTE BLE SCAFF  
Senadora de la República  
Partido Conservador Colombiano

  
KATHERINE MIRANDA  
Representante a la Cámara  
Partido Alianza Verde

  
CAROLINA GIRALDO BOTERO  
Representante a la Cámara por Risaralda  
Partido Alianza Verde

  
CAROLINA ESPITIA JEREZ  
Senadora de la República  
Partido Alianza Verde

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### a) Objetivo del proyecto

El proyecto de régimen de tratamiento penal alternativo y sanciones efectivas para la seguridad y la convivencia propone la creación de un sistema diferencial para aquellas conductas que afectan la seguridad ciudadana pero que, por su cuantía, actualmente no están siendo realmente judicializados. Tal es el caso de: Lesiones personales inferiores a noventa (90) días de incapacidad, hurto inferior a cuatro (4) SMLMV y estafa inferior a diez (10) SMLMV.

De este modo, el tratamiento alternativo se basa en:

**1. SANCIONES EFECTIVAS.** Habrá garantía de privación real de la libertad en Centros de Retención para la Transformación

Social y la Seguridad Ciudadana (CERTS)-. Atendiendo el problema de una alta inflación de penas que no se concretan por el alto índice de impunidad, el proyecto propone un giro en la política criminal basado principalmente en el cumplimiento de sanciones reales y no simplemente en el efecto simbólico de penas muy altas.

**2. PROCEDIMIENTO EXPEDITO.** Se propone un procedimiento rápido y eficiente que cuenta con fiscales y jueces propios cuya duración no deberá ser superior a cinco (5) meses o cuatro (4) meses en casos de flagrancia.

**3. MECANISMOS DE RESTAURACIÓN PARA LA VÍCTIMA.** Con el objeto de garantizar justicia restaurativa, se buscará principalmente que el victimario proceda a reparar integralmente a sus víctimas y a la sociedad, a través de la imposición de trabajo social no remunerado.

**4. MECANISMOS TRANSFORMADORES PARA LOS CONDENADOS.**

Para garantizar la NO repetición de las conductas, la alternatividad penal propuesta en este proyecto se basa, además de la privación real de la libertad, en la utilización de estos espacios para la realización de actividades que permitan otorgar a los procesados las herramientas reales para no volver a incurrir en conductas delictivas, tales como participación obligatoria en programas de instrucción en artes, oficios o educación formal; programas con contenido social reparador; programas de tratamiento y rehabilitación de adicciones; y trabajo social no remunerado.

Así las cosas, la exposición de motivos se dividirá de la siguiente manera: 1. Se muestran los altos niveles de impunidad frente a los delitos objeto del proyecto de ley, siendo este una alternativa para reducir la impunidad y tener penas efectivas;

2. Se plantea que las medidas y prácticas restaurativas incluyen a la víctima, a la sociedad y la construcción tejido social, por lo que pueden ser más efectivas para cumplir con la finalidad de la pena; 3. Se sostiene la necesidad de aumentar la inversión social y reducir el punitivismo, ya que la prisión se ve como una medida ineficaz para la prevención efectiva de la reincidencia delictiva, por lo que se proponen medidas, como aquellas de contenido transformador del capítulo 2 de este proyecto de ley; 4. Se citan referencias de cómo la cárcel está siendo un escenario de violación a los derechos humanos, especialmente en cuanto al estado de cosas inconstitucional; y 5. Se plantea que hay una crisis de los sistemas carcelarios y penitenciarios que lleva a la necesidad de pensar penas y medidas alternativas como las que propone el proyecto de ley.

**b) Antecedentes y acompañamiento técnico**

Han sido numerosos los intentos por darle un enfoque de alternatividad penal y enfoque de resocialización al sistema procesal penal colombiano. Estas iniciativas no han tenido el ambiente político suficiente que se ha caracterizado por impulsar políticas penales que se inscriben dentro del punitivismo penal, es decir, la disminución de beneficios penales, la agravación de penas y eliminación de mecanismos de sustitución de las penas.

Este proyecto de ley fue presentado por el honorable Senador *Germán Varón Cotrino* en la Legislatura 2021-2022 bajo el número de Proyecto de ley número 361 de 2022 que fue realizado con el acompañamiento técnico de la Secretaría de Seguridad del Distrito Capital de Bogotá. En el marco del trámite se solicitó concepto al Consejo de Política Criminal el cual se encuentra actualmente en trámite.

|                                    |  |  |
|------------------------------------|--|--|
| Proyecto de ley número 361 de 2022 | “Por el cual se crea el Régimen de Tratamiento Penal Alternativo para la Seguridad y la Convivencia Ciudadana” | Autor: honorable Senador <i>Germán Varón Cotrino</i> . |
|------------------------------------|--|--|

**Efectividad de las Penas**

En este último acápite, se argumenta que respecto de los delitos que tiene el proyecto de ley, hay unos índices muy grandes de impunidad, en esa medida no se está dando una efectividad de las penas. Así las cosas, las medidas que tiene el proyecto de ley, tanto en el plano restaurativo como transformador, pueden ser de gran utilidad para reducir estos índices de impunidad y, por tanto, lograr que haya una verdadera efectividad de las penas.

**1.1. Sobre impunidad por delitos de régimen de contravenciones**

**Delito de hurto<sup>1</sup>**

De acuerdo con información de la Fiscalía General de la Nación publicada por la Corporación Excelencia en la Justicia<sup>2</sup>, en el periodo 2010-2021, hubo un total de 3.711.573 denuncias por este delito a nivel nacional y 1.089.666 en Bogotá. Este delito representa el 26.67% de denuncias por delitos a nivel nacional. Del total de hurtos a nivel nacional, tan solo 149.361 (4.02%) se encuentra en etapa de ejecución de penas y 77.447 en etapa de juicio.

En el año 2020, hubo 331.049 denuncias por este delito, de las cuales 6.520 están en ejecución de penas (condenados) y 8.607 en etapa de juicio. El resto están en indagación, investigación, son querrelables o terminaron anticipadamente.

| Por etapa procesal (a la fecha de corte/consulta) |                |                |
|---|----------------|----------------|
| <i>Etapa</i>                                      |                |                |
| EJECUCIÓN DE PENAS                                | 6.520          | 1,97%          |
| INDAGACIÓN  | 296.113        | 89,45%         |
| INVESTIGACIÓN                                     | 823            | 0,25%          |
| JUICIO  | 8.607          | 2,60%          |
| QUERELLABLE                                       | 18.917         | 5,71%          |
| TERMINACIÓN ANTICIPADA                            | 69             | 0,02%          |
| <b>Total general</b>                              | <b>331.049</b> | <b>100,00%</b> |

Tabla 1. Total casos hurto 2020 nacional por etapa procesal. Tomado de tablero de control “*Entrada de noticias criminales al Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*” de la Corporación Excelencia en la Justicia. Filtros: 2020; hurto.

En relación con las denuncias del año 2021, hubo 388.182 a nivel nacional, de las cuales 2.761 (0.71%) están en ejecución de penas (condena) y 11.491 en juicio. 352.563 se encuentran en indagación.

| Por etapa procesal (a la fecha de corte/consulta) |                |                |
|---|----------------|----------------|
| <i>Etapa</i>                                      |                |                |
| EJECUCIÓN DE PENAS                                | 2.761          | 0,71%          |
| INDAGACIÓN  | 352.563        | 90,82%         |
| INVESTIGACIÓN                                     | 1.429          | 0,37%          |
| JUICIO  | 11.491         | 2,96%          |
| QUERELLABLE                                       | 19.834         | 5,11%          |
| TERMINACIÓN ANTICIPADA                            | 104            | 0,03%          |
| <b>Total general</b>                              | <b>388.182</b> | <b>100,00%</b> |

Tabla 2. Total casos hurto 2021 nacional por etapa procesal. Tomado de tablero de control “*Entrada de noticias criminales al Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*” de la Corporación Excelencia en la Justicia. Filtros: 2020; hurto.

**Delito de estafa<sup>3</sup>**

Dentro del total de denuncias reportadas a nivel nacional entre 2010 y 2021, el 3.36% (467.535) son por el delito de estafa. Las denuncias por este delito han tenido una tendencia al incremento.



Gráfica 1. Denuncias por delito de estafa a nivel nacional. Tomado de tablero de control “*Entrada de noticias criminales al Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*” de la Corporación Excelencia en la Justicia. Filtros: Estafa.

De las 467.535 denuncias por el delito de estafa en el periodo reportado, 0.54% se encuentran en etapa de ejecución de penas, y 0.85% en etapa de juicio.

<sup>3</sup> La información consultada no permite discriminar por el valor de la estafa.

<sup>1</sup> Los datos consultados no permiten diferenciar por el monto de lo hurtado.

<sup>2</sup> Información tomada de sitio web Corporación Excelencia en la Justicia <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/criminalidad/entrada-de-noticias-criminales-al-sistema-penal-oral-acusatorio-en-colombia>

| Por etapa procesal (a la fecha de corte/consulta) |                |                |
|---|----------------|----------------|
| Etapa   |                |                |
| NULL  | 1              | 0,00%          |
| EJECUCIÓN DE PENAS                                | 2.520          | 0,54%          |
| INDAGACIÓN  | 284.156        | 60,78%         |
| INVESTIGACIÓN                                     | 1.358          | 0,29%          |
| JUICIO  | 3.952          | 0,85%          |
| QUERELLABLE                                       | 175.467        | 37,53%         |
| TERMINACIÓN ANTICIPADA                            | 81             | 0,02%          |
| <b>Total general</b>                              | <b>467.535</b> | <b>100,00%</b> |

Tabla 3. Total casos estafa 2010-2021 nacional por etapa procesal. Tomado de tablero de control “Entrada de noticias criminales al Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia” de la Corporación Excelencia en la Justicia. Filtros: Estafa.

En el año 2020, hubo 65.914 denuncias por este delito, con 41 procesos en ejecución de penas (0.06%) y 166 (0.25%) en etapa de juicio.

| Por etapa procesal (a la fecha de corte/consulta) |               |                |
|---|---------------|----------------|
| Etapa   |               |                |
| EJECUCIÓN DE PENAS                                | 41            | 0,06%          |
| INDAGACIÓN  | 39.008        | 59,18%         |
| INVESTIGACIÓN                                     | 37            | 0,06%          |
| JUICIO  | 166           | 0,25%          |
| QUERELLABLE                                       | 26.661        | 40,45%         |
| TERMINACIÓN ANTICIPADA                            | 1             | 0,00%          |
| <b>Total general</b>                              | <b>65.914</b> | <b>100,00%</b> |

Tabla 4. Total casos estafa 2020 nacional por etapa procesal. Tomado de tablero de control “Entrada de noticias criminales al Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia” de la Corporación Excelencia en la Justicia. Filtros: Estafa, 2020.

En el año 2021 se recibieron 83.362 denuncias por el delito de estafa, de las cuales 25 están en ejecución de penas (0.03%), y 144 en etapa de juicio (0.17%).

| Por etapa procesal (a la fecha de corte/consulta) |               |                |
|---|---------------|----------------|
| Etapa   |               |                |
| NULL  | 1             | 0,00%          |
| EJECUCIÓN DE PENAS                                | 25            | 0,03%          |
| INDAGACIÓN  | 46.865        | 56,22%         |
| INVESTIGACIÓN                                     | 59            | 0,07%          |
| JUICIO  | 144           | 0,17%          |
| QUERELLABLE                                       | 36.266        | 43,50%         |
| TERMINACIÓN ANTICIPADA                            | 2             | 0,00%          |
| <b>Total general</b>                              | <b>83.362</b> | <b>100,00%</b> |

Tabla 5. Total casos estafa 2021 nacional por etapa procesal. Tomado de tablero de control “Entrada de noticias criminales al Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia” de la Corporación Excelencia en la Justicia. Filtros: Estafa, 2020.

#### Lesiones personales<sup>4</sup>

Entre los años 2010 y 2021, a nivel nacional se presentaron 1.381.567 denuncias por el delito de lesiones personales, que representan 9.93% de las denuncias en este periodo. Las denuncias por este delito en los años 2020 y 2021 han sido más bajas que en años anteriores.

<sup>4</sup> No se cuenta con información diferenciada por la gravedad de las lesiones (número de días de incapacidad).



Gráfica 2. Denuncias por delito de estafa a nivel nacional. Tomado de tablero de control “Entrada de noticias criminales al Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia” de la Corporación Excelencia en la Justicia. Filtros: Lesiones personales.

Del total de 1.381.567 denuncias, 12.230 casos se encuentran en ejecución de penas (0.89%) y 16.895 (1,22%) se encuentran en etapa de juicio. 493.229 se encuentran en etapa de indagación, mientras que 855.685 son querellables (probablemente no se han investigado por incumplimiento de este requisito de procedibilidad).

| Por etapa procesal (a la fecha de corte/consulta) |                  |                |
|---|------------------|----------------|
| Etapa   |                  |                |
| NULL  | 2                | 0,00%          |
| EJECUCIÓN DE PENAS                                | 12.230           | 0,89%          |
| INDAGACIÓN  | 493.229          | 35,70%         |
| INVESTIGACIÓN                                     | 3.325            | 0,24%          |
| JUICIO  | 16.895           | 1,22%          |
| QUERELLABLE                                       | 855.685          | 61,94%         |
| TERMINACIÓN ANTICIPADA                            | 201              | 0,01%          |
| <b>Total general</b>                              | <b>1.381.567</b> | <b>100,00%</b> |

Tabla 6. Total casos lesiones personales 2010-2021 nacional por etapa procesal. Tomado de tablero de control “Entrada de noticias criminales al Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia” de la Corporación Excelencia en la Justicia. Filtros: Lesiones personales.

De 70.622 denuncias por lesiones personales en 2020, 281 (0.40%) se encuentran en ejecución de penas, y 772 (1.09%) en etapa de juicio.

| Por etapa procesal (a la fecha de corte/consulta) |               |                |
|---|---------------|----------------|
| Etapa   |               |                |
| EJECUCIÓN DE PENAS                                | 281           | 0,40%          |
| INDAGACIÓN  | 11.249        | 15,93%         |
| INVESTIGACIÓN                                     | 68            | 0,10%          |
| JUICIO  | 772           | 1,09%          |
| QUERELLABLE                                       | 58.249        | 82,48%         |
| TERMINACIÓN ANTICIPADA                            | 3             | 0,00%          |
| <b>Total general</b>                              | <b>70.622</b> | <b>100,00%</b> |

Tabla 7. Total casos lesiones personales 2020 nacional por etapa procesal. Tomado de tablero de control “Entrada de noticias criminales al Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia” de la Corporación Excelencia en la Justicia. Filtros: Lesiones personales, 2020.

De 79.130 denuncias por lesiones personales en 2021, 83 (0.10%) se encuentran en ejecución de penas, y 878 (1.11%) en etapa de juicio.

| Por etapa procesal (a la fecha de corte/consulta) |               |                |
|---|---------------|----------------|
| Etapa   |               |                |
| EJECUCIÓN DE PENAS                                | 83            | 0,10%          |
| INDAGACIÓN  | 11.244        | 14,21%         |
| INVESTIGACIÓN                                     | 123           | 0,16%          |
| JUICIO  | 878           | 1,11%          |
| QUERELLABLE                                       | 66.796        | 84,41%         |
| TERMINACIÓN ANTICIPADA                            | 6             | 0,01%          |
| <b>Total general</b>                              | <b>79.130</b> | <b>100,00%</b> |

Tabla 8. Total casos lesiones personales 2021 nacional por etapa procesal. Tomado de tablero de control “Entrada de noticias criminales al Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia” de la Corporación Excelencia en la Justicia. Filtros: Lesiones personales, 2021.

Así las cosas, evidenciamos que en todos estos delitos los índices de impunidad son muy elevados, en realidad es muy poco (casi irrisorio) el porcentaje de casos que están en ejecución de penas. El proyecto de ley ayuda a bajar los índices de impunidad de esos delitos por varias razones. Por un lado, se centra en la aceptación de responsabilidad del/a infractor, lo que le permite acceder a programas sociales, educativos o de adicciones, así como evitarse una privación en centro carcelario. Esto es un gran incentivo.

En segundo lugar, porque se crea un procedimiento expedito que evita las largas dilaciones en los procesos judiciales y evitar, así, que se acaben los procesos por vencimientos de términos. En tercer lugar, porque al ofrecer medidas restaurativas como primera opción se incluye a la víctima y se le da un lugar protagónico, pero, además, que se lleven a cabo acciones para resarcir el daño. Esto ayuda a que esa persona no sienta que hubo impunidad, restaure su confianza en la justicia y se sienta satisfecha. En este mismo sentido, esto incentiva la denuncia que en este tipo de delitos (en parte por la sensación de impunidad) se ha visto muy disminuida.

En cuarto lugar, se recalca que sí hay una imposición de una sanción y hay una restricción a la libertad. En este caso, en los Centros de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana (CERTS). En quinto lugar, el proyecto de ley permite que los esfuerzos de investigación y juzgamiento del estado se concentren en aquellos delitos de mayor envergadura y con mayor impacto. Ya que permite descongestionar el sistema judicial. Siendo coherentes con el principio de proporcionalidad y del derecho penal como *ultima ratio*. Es decir, se logra una persecución penal proporcional.

Todo lo anterior, busca reducir esas alarmantes cifras que nos demuestran que de los delitos objeto del presente proyecto de ley casi nada se encuentra en etapa de ejecución de penas. De este modo, el proyecto de ley busca que haya una aplicación real de penas, es decir, que estas sean en realidad efectivas.

## 2. Mecanismos de restauración para la víctima.

El proyecto de ley plantea la aplicación de la justicia restaurativa como un principio que rige esta normatividad en el artículo 4. Igualmente, el artículo 6 de este proyecto de ley plantea que se aplicarán predominantemente los mecanismos restaurativos sobre otros. Para cumplir con esto, el proyecto plantea que, inicialmente, se buscarán acuerdos restaurativos entre las personas involucradas. Estos acuerdos implican la reparación de las víctimas y de la sociedad, a través de diversas medidas, como el trabajo social no remunerado.

El Artículo 518 y la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), establecen:

(...) Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo (...) Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y el infractor en la comunidad en busca de la reparación”.<sup>5</sup>

Igualmente, UNODC define por “un proceso restaurativo es cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto de manera activa para la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador”.<sup>6</sup>

En esta medida, la inclusión de procesos restaurativos en los casos estipulados por el proyecto de ley permite, la inclusión de la víctima, con un rol protagonista en los procesos relativos a la acción que la ha afectado. Reivindica su participación, la cual en los procesos penales ordinarios ha estado reducida; ya que en estos el foco es probar que el investigado/a cometió (o no) la conducta delictiva, pero no en la afectación a la víctima ni en las medidas que le permitan ser resarcida. Es decir, le da a la víctima un rol de eje central dentro del proceso y no como un sujeto procesal que se puede desechar fácilmente.

Asimismo, la justicia restaurativa se basa en la compensación del daño cometido. Lo que permite que la persona afectada se vea dignificada, se repare y, así, se reduzca su sensación de impunidad. Es una justicia que le da un lugar clave, que, además, le da un rol protagónico y le permite participar activamente en el proceso. De este modo, es una justicia que la dignifica mucho más.

Igualmente, la justicia restaurativa se basa en el diálogo. En una construcción conjunta entre

<sup>5</sup> [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)

<sup>6</sup> UNODC. Manual sobre programas de justicia restaurativa. Nueva York. 2006. Página 6.

víctima, ofensor/a, comunidad y mediador/a. Esto permite reivindicar los principios democráticos que rigen un estado social y democrático de derecho y dejar de lado las discusiones y antagonismos. No hay adversarios dispuestos a vencerse en batalla, sino personas que, desde el diálogo, construyen una solución que sea adecuada y acorde para todas las partes.

A su vez, esto permite que quien ha cometido la contravención se sienta mucho más útil. El proceso propuesto en este proyecto de ley se basa en el reconocimiento de su responsabilidad y en la realización de acciones que le permitan enmendar el daño. Es decir, no se le recluye y aísla, sino que se le da la oportunidad de reconocer un error y de resarcirlo. Lo que hace que no se le vea como un menor de edad o como un “anormal”, sino como alguien con agencia. Esto adquiere su mayor culmen a partir de la realización del trabajo social no remunerado, en el que a partir de sus propias acciones reparar el daño causado.

Así las cosas, la inclusión de justicia restaurativa, como principio y eje rector de ese proyecto de ley, es acorde con los principios del estado social de derecho, con lo que establece el código penal. Pero también es una medida que permite llegar a soluciones de forma más expedita, que le dan un mejor lugar a las personas involucradas, que permite resarcir el daño, pero también que da la oportunidad de que el ofensor/a se haga responsable y, finalmente, reivindica a las víctimas que han tenido un lugar ausente en los procesos penales ordinarios, de corte retributivo.

### 3. Integración social del delincuente y prevención efectiva de la reincidencia vs. punitivismo

En este acápite se busca mostrar que es más efectivo y más acorde con los fines del estado social de derecho que se hagan intervenciones orientadas a la efectiva reinserción social en lugar de recurrir excesivamente a la privación de la libertad como lo sugiere el discurso del punitivismo. Asimismo, plantea que las medidas transformadoras que trae el proyecto de ley y el principio transformador del artículo 4, son escenarios mucho más eficaces para evitar la reincidencia y brindar mecanismos claros para la construcción de un proyecto de vida fuera del escenario delictivo.

#### 3.1. Reincidencia

En Colombia, la población privada de la libertad intramural que ha reincidido en conductas delictivas corresponde, según el INPEC, al 23% de la población condenada<sup>7</sup>. Igualmente, el INPEC reporta que la

PPL intramuros reincidente es alrededor del 70% de la población. Esto muestra un panorama aterrador que evidencia que quienes entre en ese círculo difícilmente salen de él.

No obstante, la Fundación Ideas para la Paz desarrolló un estudio sobre los índices de reincidencia en el programa de reintegración de la Agencia Colombiana para la Reintegración (en ese entonces, actualmente Agencia para la Reincorporación y la Normalización - ARN). El resultado fue que quienes ingresan al programa tienen un índice de reincidencia del 29%. Incluyendo delitos relacionados con derechos de autor, como venta de “piratería” o inasistencia alimentaria.

El programa en cuestión es una ruta multidimensional para personas desmovilizadas, que consiste en brindarles atención en salud, habitabilidad, desarrollo personal, educación, emprendimiento, entre otros. Adicionalmente, estas personas deben llevar a cabo un servicio social gratuito en términos resarcitorios relacionado con las acciones que cometieron.

Lo que muestra la comparación de cifras es que la eficacia de ambos tipos de medidas es similar, además de que las segundas no generan un riesgo significativo de afectar desproporcionadamente los derechos de los ciudadanos. Esto porque se pone un marcado énfasis en que la persona supere su escenario de vulnerabilidad y, por tanto, la aleja del círculo vicioso de la cárcel.

Según la Fundación Ideas para la Paz (2018): “las intervenciones para reducir los niveles de reincidencia no deben limitarse a la imposición de una condena o la resocialización al interior del sistema penitenciario. Se requieren medidas de prevención dirigidas a disminuir los múltiples factores de riesgo ligados a la reincidencia y a fortalecer los de protección, generando capacidades específicas que faciliten la inclusión económica y social, así como cambios de comportamiento.

Además, la evidencia señala que retornar a la comunidad de manera paulatina y supervisada permite alcanzar mejores resultados en la disminución de este fenómeno.”<sup>8</sup>

#### 3.2. Propuestas y alternativas

Como una ruta de acción se propone una perspectiva de justicia restaurativa. Bajo los elementos que fueron mencionados anteriormente, difícilmente la justicia penal más “rígida” logra una resocialización del exconvicto, dado que fue apartado de la sociedad, recluido y despersonalizado.

Esta perspectiva puede ser útil por varias razones, pero la principal es que si se busca que una persona pueda funcionar en sociedad, ¿por qué se le aparta en un primer lugar? Para resarcir el daño, puede ser

<sup>7</sup> INPEC. Informe Estadístico marzo 2022. Disponible en: [https://www.inpec.gov.co/pt/web/guest/estadisticas/-/document\\_library/TWBUJQCWH6KV/view/1404547?\\_com\\_liferay\\_document\\_library\\_web\\_portlet\\_DLPorl\\_et\\_INSTANCE\\_TWBUJQCWH6KV\\_redirect=https%3A%2F%2Fwww.inpec.gov.co%2Fpt%2Fweb%2Fguest%2Festadisticas%2F-%2Fdocument\\_library%2FTWBUJQCWH6KV%2Fview%2F49294](https://www.inpec.gov.co/pt/web/guest/estadisticas/-/document_library/TWBUJQCWH6KV/view/1404547?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPorl_et_INSTANCE_TWBUJQCWH6KV_redirect=https%3A%2F%2Fwww.inpec.gov.co%2Fpt%2Fweb%2Fguest%2Festadisticas%2F-%2Fdocument_library%2FTWBUJQCWH6KV%2Fview%2F49294)

<sup>8</sup> Fundación Ideas para la Paz. Qué hacer con la Reincidencia. 2018. Se encuentra en: <https://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/5ab-12f3adfb8f.pdf>

más eficaz el que tenga contacto con la víctima o receptor del daño y encontrar una solución conjunta.

En los últimos años, se ha destacado el trabajo de la ONG Segundas Oportunidades, que se ha encargado de asistir de manera gratuita a personas privadas de la libertad, pospenados, familiares y jóvenes en programas de educación, vocación profesional, asistencia psicosocial y jurídica y posibilidades de empleabilidad para lograr una reinserción social efectiva. Este tipo de iniciativas se necesitan en la oferta estatal para que pueda haber cobertura a nivel nacional. Y no sólo como una medida posterior a la prisión, sino anterior. En últimas, una efectiva resocialización requiere de un acompañamiento integral al pospenado y unas condiciones sociales que reduzcan la marginalidad, la pobreza, la desigualdad y la precariedad.

Inclusive, existen propuestas de creación de empleo al interior de las cárceles. Según Álvarez<sup>9</sup>, en Colombia existen dos modalidades: a) administración directa e indirecta (derivadas de recursos del Estado) b) proyectos de privados con mano de obra interna (tal y como la Casa de las Segundas Oportunidades). Este autor señala que:

“La tasa de desempleo al interior de las cárceles nacionales se ha situado desde los últimos 5 años en cifras superiores al 55%, su reducción ha sido casi nula (2% por año), lo cual indica que aproximadamente se vinculan por mes unos 50 nuevos internos a una actividad laboral (de un total de 138 cárceles a nivel nacional), divididos en trabajos productivos e improductivos, diferenciándose las actividades creadoras y no creadoras de riqueza (material y no material), respectivamente, donde menos de un 2% de los empleados hacen parte de procesos productivos (...).”<sup>10</sup>

Para delitos menores, Trujillo plantea que se pueden concebir cárceles semi-abiertas y abiertas. Propone: “consistiría en que, de lunes a viernes, los infractores cumplirían con las labores designadas por el Estado durante el día y fuera de las instalaciones de la prisión, para resarcir a la comunidad y deberán volver a las cárceles, de baja y media seguridad, en las noches y durante los fines de semana.”<sup>11</sup> Bajo este modelo, la persona podría pasar fines de semana con sus familiares bajo la supervisión del Estado, además de asistir a programas de resocialización.

Esto facilitaría la resocialización del sujeto, porque no sería completamente apartado de la sociedad. Cabrera (2002) plantea que la cárcel difícilmente resocializa a una persona porque implica: a) apartarla del mundo exterior (crea

una ruptura física, mental y psicológica) y b) una desadaptación social y desidentificación personal (porque convive con otros reclusos, en una sociedad de “excepción”, fuera de la sociedad normal. Hay múltiples rituales de despojo, mutilación de su individualidad y uniformidad)<sup>12</sup>. Si la persona pasa por un proceso semejante, ¿qué tanto espacio queda para una futura vocación profesional?

Propuestas como la Casa Libertad<sup>13</sup>, programa del Ministerio de Justicia y del Derecho con el INPEC, a cargo de los entes territoriales, o como la de la Fundación Acción Interna, de Johanna Bahamón, podrían ser exploradas como alternativas de resocialización de los reclusos. Son propuestas que buscan capacitar, pero también emplear, con el primer paso de humanizar al ex convicto. El Estado colombiano tiene la posibilidad de emplear población interna o recién excarcelada para actividades económicas diversas. Solo hace falta la voluntad de poner en marcha las ideas.

En esa medida, el proyecto de ley propone acciones de contenido transformador que logren cumplir con esto y, así, evitar la reincidencia. Para evitar la reincidencia se propone un sistema de oportunidades, en el cual como mínimo la persona que haya sido condenada o que sin estar privada de la libertad esté cumpliendo medidas alternativas, estará sometida a un periodo de prueba de cinco (5) años en el cual no podrá cometer ninguna nueva conducta so pena de someterse al régimen penal ordinario más severo.

Asimismo, se propone la creación de Centros de Retención para la Transformación Social y la Seguridad Ciudadana (CERTS), cuya construcción, adecuación, dotación y operación estará financiada como mínimo en un 80% por parte del Gobierno nacional.

#### 4. La cárcel, un escenario de violación a los derechos humanos:

Este acápite muestra cómo desde el sistema interamericano, diversos pronunciamientos de la doctrina y de la Corte Constitucional colombiana, se ha probado que la prisión es un escenario que promueve la afectación a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad y sus familiares. Por lo cual, hay que pensar medidas que reduzcan el hacinamiento carcelario para brindar mejores garantías a las personas privadas de la libertad; lo que también implica contar con una política criminal más inteligente que plantee otras alternativas a la restricción de la libertad. Las medidas restaurativas y transformadoras que tiene este proyecto de ley son soluciones a esta crisis carcelaria y alternativas claras ante la pena de prisión.

<sup>9</sup> Álvarez, R. M. (2020). Fuerza laboral carcelaria: desempleo y miseria en Colombia. Intercambio. Revista de Estudiantes de Economía, 2(4), 78-100.

<sup>10</sup> Álvarez, R. M. (2020). Fuerza laboral carcelaria: desempleo y miseria en Colombia. Intercambio. Revista de Estudiantes de Economía, 2(4), 78-100.

<sup>11</sup> Trujillo Cabrera, J. (2018). Populismo Punitivo y colapso carcelario: hacia una abolición gradual de la prisión cerrada en Colombia. Revista republicana, (25), 135-160.

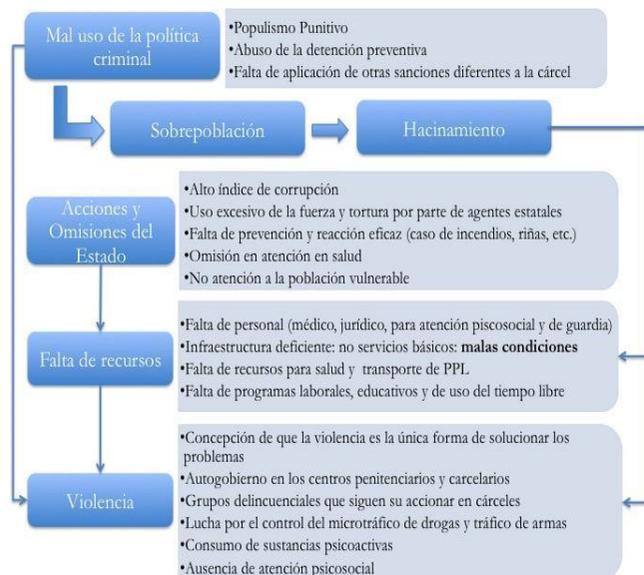
<sup>12</sup> Cabrera, P. J. (2002). Cárcel y exclusión. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, 35, 83-120.

<sup>13</sup> chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.minjusticia.gov.co%2FSala-de-prensa%2FPublicacione sMinJusticia%2FLineamientos%2520Pospenitenciario.pdf&cLen=2413993&chunk=true

#### 4.1. Sistema interamericano y doctrina:

Se ha planteado, especialmente desde cortes internacionales y nacionales, que los centros penitenciarios se han convertido en un escenario de violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>14</sup> identificó múltiples problemas de los sistemas carcelarios como: el hacinamiento y la sobrepoblación; deficientes condiciones de reclusión; altos índices de violencia carcelaria y falta de control efectivo de las autoridades; empleo de la tortura con fines de investigación criminal; uso excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad; uso excesivo de la detención preventiva; la ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos vulnerables; falta de programas laborales y educativos, ausencia de transparencia en los mecanismos de acceso a estos programas; y corrupción en la gestión penitenciaria.

A continuación, se sistematizaron en un cuadro los principales hallazgos de la CIDH:



Elaboración propia a partir del informe de la CIDH

En sentido similar, desde la doctrina se ha asegurado que las prácticas carcelarias de América Latina están mediadas por diferentes escenarios de violaciones masivas de derechos humanos<sup>15</sup>, que incluyen hacinamiento, hambre, enfermedades y violencia (donde la posibilidad de ser asesinado es constante para los internos)<sup>16</sup>.

Sobre esto, Ariza y Tamayo han destacado que las prisiones en América Latina viven un constante contexto de ‘violencia homicida’, que incluye la posibilidad latente de muerte, lo cual

está en constante tensión con el discurso liberal de protección de derechos en el que el castigo penitenciario está inscrito.<sup>17</sup>

Igualmente, asegura Ferrajoli que esta “experiencia muestra que la reclusión carcelaria está inevitablemente en contraste con todos los principios -de legalidad, de igualdad y de respeto de la dignidad de la persona- sobre los cuales se funda el Estado de derecho. A causa de su carácter de institución total, la cárcel no es -porque no puede serlo- simple limitación de la libertad personal de circulación, como el principio de legalidad y de taxatividad exigirían, sino que es una institución productora de miles de aflicciones diversas, inevitablemente distintas entre una cárcel y otra, entre un preso y otro”<sup>18</sup>.

En este sentido para Ferrajoli la cárcel es en sí misma una contradicción institucional. “Es una institución pública dirigida a la custodia de los ciudadanos pero que no logra garantizar los derechos fundamentales más elementales, empezando por el derecho a la vida”.<sup>19</sup> Esto implica que en realidad no hay ni igualdad ni proporcionalidad. De hecho, Ferrajoli plantea que “la pena de reclusión carcelaria es, por su naturaleza, contraria:

- Al criterio de justificación de la pena en general como minimización de la violencia punitiva;
- Al mismo modelo teórico y normativo de la pena privativa de libertad como pena igual y taxativamente determinada por la ley; y
- A los principios de respeto de la dignidad de la persona y de la finalidad reeducativa de la pena positivamente establecida en muchas Constituciones.”<sup>20</sup>

En igual sentido, Pavarini afirma que la cárcel misma es contraria a la noción de derechos. Realmente no hay, de forma clara, un derecho que pueda ser garantizado en este escenario. “Incluso cuando el reconocimiento formal de un derecho es pleno, de hecho, está subordinado a la naturaleza de la penalidad misma. Yo no veo un solo derecho que sea el que contingentemente puede sobrevivir a las necesidades materiales y funcionales que sustentan la ejecución de la pena misma. Entonces, honestamente, no entiendo cómo pueda hablarse de ‘derechos’ en sentido propio”.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. Lección expuesta el 4 de julio de 2015 en el curso de posgrado “Ejecución penal y derecho penitenciario” organizado en San José de Costa Rica por Iñaki Rivera Beiras de la Universidad de Barcelona y por Carlos Manavella de la Universidad para la Cooperación Internacional. Traducción al castellano de Iñaki Rivera Beiras. Páginas 6 y 7.

<sup>19</sup> *Ibid.* Páginas 7 y 8.

<sup>20</sup> *Ibid.* Páginas 8 y 9.

<sup>21</sup> PAVARINI, Massimo. Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad. Flacso. 2009. Página 28.

<sup>14</sup> CIDH. Informe sobre los derechos de las personas privadas de la libertad en las Américas. Organización de Estados Americanos. 2011.

<sup>15</sup> Juan F. González-Bertomeu, Roberto Gargarella. Latin American Casebook: Courts, Constitutions and Rights. Ed., Routledge. 2016.

<sup>16</sup> Libardo Ariza y Fernando León. El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina. Revista de Estudios Sociales. Julio de 2020. At. 83.

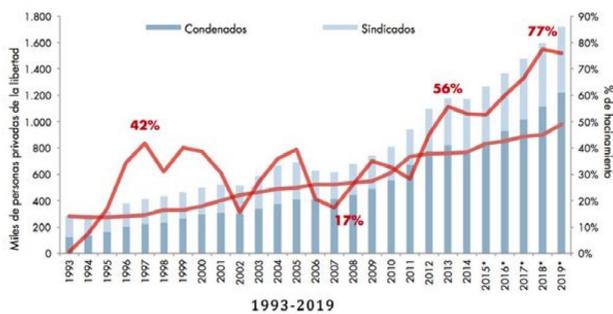
**4.2. Estado de cosas inconstitucional:**

La Corte Constitucional Colombiana ha declarado en varias ocasiones el estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria y penitenciaria. Dentro de sus autos y sentencias se vislumbra un desolador panorama de los sistemas carcelarios y penitenciarios en Colombia. Haciendo que este se convierta en un escenario de vulneración masiva de derechos.

El observatorio de política criminal del Ministerio de Justicia asegura: “el eje polémico identificado es el hacinamiento, como mayor obstáculo para el adecuado funcionamiento del Sistema Penitenciario y Carcelario, cuya solución no solo garantiza unas condiciones mínimas de habitabilidad, sino también permite garantizar la separación entre sindicados y condenados, el acceso a los programas de educación y trabajo, el acceso pleno a los derechos fundamentales y, finalmente, el cumplimiento de los fines de la pena que se ven restringidos por la crisis del sistema”.<sup>22</sup>

El hacinamiento, a su vez, tiene incidencia sobre los demás problemas: como la falta de atención médica adecuada, alimentos insuficientes, ausencia de programas de resocialización, entre otros. Adicionalmente, hasta el año 2019 tuvo una tendencia importante de crecimiento, como lo muestra la siguiente gráfica:

Gráfica 1. Diagnóstico y proyección de cupos y situación jurídica de la PPL



(Extraída de: Observatorio de Política Criminal, Mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia, 2017. Pág. 6.)

Si bien a partir del año 2020 hubo una reducción significativa en el hacinamiento en Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional, esta situación se trasladó a centros de detención transitoria como URIs y Estaciones de Policía, que agravó la crisis humanitaria de las personas privadas de la libertad en varias partes del país<sup>23</sup>.

En la Directiva 018 de la Procuraduría General de la Nación se menciona que, para septiembre de 2021, a nivel nacional, en este tipo de centros se encontraban 20.784 personas.

En Bogotá, las cifras son igual de alarmantes. En URIs y Estaciones, actualmente para la retención transitoria (prevista para privación máxima de 36 horas) se cuenta con una capacidad de 1 Unidad de Reacción Inmediata de la FGN (Puente Aranda) y 20 Estaciones de Policía, para un total de 1.094 cupos que a corte de 20 de abril de 2022 cuenta con 3.080 personas privadas de la libertad, esto es, una sobrepoblación de 1.986 personas que corresponde a un 181% de hacinamiento que corresponde a:

401 condenados, 2.632 sindicados, 24 con medida de detención domiciliaria (privados de la libertad en espera de hacer efectiva la medida domiciliaria).

| Lugar                          | Capacidad | Población | Hacinamiento | Situación jurídica   |
|--------------------------------|-----------|-----------|--------------|--|
| 1 URI 20 Estaciones de Policía | 1.094     | 3.080     | 181%         | 487 condenados   |
|                                |           |           |              | 2.564 sindicados   |
|                                |           |           |              | 29 domiciliaria (privados de la libertad en espera de hacer efectiva la medida domiciliaria) |
|                                |           |           |              |  |

Por su parte, la Cárcel Distrital-sindicados cuenta con una capacidad de 1.028 cupos. A corte del 20 de abril de 2022 hay una ocupación de 1.043 distribuidos así:

| Lugar  | Capacidad | Población | Hacinamiento | Situación jurídica |
|--|-----------|-----------|--------------|--------------------|
| Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres (mixto) | 1.028     | 1.043     | 1.4%         | 133 Condenados     |
|  |           |           |              | 907 Sindicados     |
|  |           |           |              | 3 Arrestos         |

En cuanto a los centros del INPEC y sus Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON)<sup>24</sup> en Bogotá se tiene lo siguiente:

| Lugar                 | Capacidad | Población | Hacinamiento | Situación jurídica                       |
|-----------------------|-----------|-----------|--------------|--|
| Picota                | 5.970     | 6.892     | 15.4%        | 1.342 Sindicados                         |
|                       |           |           |              | 5.522 condenados                         |
|                       |           |           |              | 28 (actualización de situación jurídica) |
| Modelo                | 2.910     | 3.298     | 13.3%        | 871 sindicados                           |
|                       |           |           |              | 2.427 condenados                         |
| Buen Pastor (mujeres) | 1.246     | 1.839     | 47.6%        | 383 sindicadas                           |
|                       |           |           |              | 1.455 condenadas                         |
|                       |           |           |              | 1 (actualización de situación jurídica)  |

Ante este panorama la Corte Constitucional Colombiana ha declarado en varias ocasiones el estado de cosas inconstitucional, mediante las sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013 y reiterado, a través de las sentencias T-762 de 2015 y T-288 de 2020; igualmente, en la sentencia SU-122 de 2022 se ha extendido este estado de cosas a centros de detención transitoria.

<sup>24</sup> Fuente INPEC, revisada el 20 de abril de 2022, en el siguiente enlace: [http://190.25.112.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?\\_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/DashPoblacion\\_Intramural\\_por\\_Departamento&hidden\\_ID\\_REGIONAL=100&hidden\\_ID\\_DEPARTAMENTO=11001000&hidden\\_MES=04&hidden\\_ANNO=2022](http://190.25.112.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/DashPoblacion_Intramural_por_Departamento&hidden_ID_REGIONAL=100&hidden_ID_DEPARTAMENTO=11001000&hidden_MES=04&hidden_ANNO=2022)

<sup>22</sup> Observatorio de Política Criminal, Mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia, 2017.

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Comunicado de prensa número 10 del 29 y 30 de marzo de 2022. Sentencia SU-122 de 2022. Colombia, 2022.

En dichas providencias el tribunal constitucional asegura que la situación carcelaria reviste de tal gravedad que se están vulnerando los derechos fundamentales de miles de personas de manera sistemática y reiterada. Igualmente, determina que es de tal magnitud que debe ser abordada de manera estructural, por lo que requiere del accionar de muchas instituciones del Estado. Asimismo, la Corte estableció recomendaciones que no sólo tocan el ámbito penitenciario, sino que se relacionan con la política criminal del Estado que está directamente relacionada con la crisis carcelaria. Por lo tanto, es insistente en la formulación de una política criminal con fundamentos empíricos, eficaz, racional y coherente.

En la sentencia T-388 de 2013, la Corte expresó que desde el año 1998 se ha venido expresando que las condiciones de hacinamiento son contrarias a los propósitos básicos de las sanciones penales, pues impiden, precisamente, que se alcance tal objetivo, aunado a ello concluyó que el hacinamiento genera corrupción, extorsión y violencia, con lo cual se comprometen también los derechos a la vida e integridad personal de las y los internos.

Igualmente, la Corte definió que el estado de cosas inconstitucional en el que se encuentra el sistema penitenciario y carcelario tiene una de sus principales causas en dificultades y limitaciones estructurales de la política criminal en general a lo largo de todas sus etapas, no solamente en su tercera fase: la política carcelaria. Existen indicios y evidencias del recurso excesivo al castigo penal y al encierro, lo cual genera una demanda de cupos para la privación de la libertad y de condiciones de encierro constitucionalmente razonables, que es insostenible para el Estado. El proyecto de ley en cuestión busca dar soluciones a esto y plantear una política criminal más razonable y de carácter sostenible.

El diagnóstico de la situación carcelaria que realizó la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-762 de 2015, que confirma el estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria, identifica 5 problemas estructurales que hacen que en Colombia se viva una grave crisis carcelaria:

1. **La Desarticulación de la política criminal y el Estado de Cosas Inconstitucional:** Esto está relacionado con un recrudecimiento de las persecución penal y aumento de la pena privativa de la libertad, lo que hace que la población privada de la libertad aumente de manera exponencial.

Esa desarticulación de la política criminal se debe a varios factores, entre los que destaca la Corte:

- La política criminal colombiana es reactiva y toma decisiones sin fundamentos empíricos sólidos.
- La política criminal colombiana tiene una tendencia al endurecimiento punitivo (*populismo punitivo*).

- La política criminal colombiana es poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional.
- La política criminal colombiana está subordinada a la política de seguridad.
- La política criminal colombiana es inestable e inconsistente.
- La política criminal colombiana es volátil, en tanto, existe debilidad institucional.<sup>25</sup>

Asimismo, el tribunal constitucional colombiano también destaca el uso excesivo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La Corte asegura que “En este punto es importante señalar que existe una relación directa entre el mencionado uso excesivo de la prisión preventiva y el hacinamiento carcelario. En términos del Ministerio de Justicia y del Derecho “de las 119.378 personas privadas de la libertad en los establecimientos penitenciarios a cargo del INPEC, el 38% de la población, es decir 44.322 internos son detenidos preventivamente”.<sup>26</sup>

2. **Hacinamiento y otras causas de violación masiva de derechos:** La Corte asegura que “los índices de sobrepoblación carcelaria en el año 2014, bordearon máximos históricos del 60% a nivel nacional y a 31 de diciembre de 2014, en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país había un sobrecupo de 35.749 reclusos, equivalente al 45,9%”.<sup>27</sup>

La Corte Constitucional relaciona esta problemática con dos factores:

- Desproporción entre las entradas y las salidas de las personas privadas de la libertad.
  - Falta de construcción y adaptación de cupos que respeten las mínimas condiciones de dignidad y subsistencia.
3. **Reclusión conjunta de personas sindicadas y condenadas.** La Corte asegura que esto se relaciona con la falta de articulación de las entidades territoriales y el Ministerio de Justicia y del Derecho.
  4. **Deficiencia del sistema de salud del sector penitenciario y carcelario del país.** Esto se debe a las demoras excesivas en la atención, la ausencia de personal médico al interior de los centros de reclusión, la ausencia de contratos o el represamiento de las solicitudes de procedimientos y autorización de medicamentos.
  5. **Las condiciones de salubridad e higiene son indignas en la mayoría de los establecimientos penitenciarios lo que constituye un trato cruel e inhumano propiciado por el Estado.** Esto se ve reflejado en que “la mayoría de las

<sup>25</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015. Colombia. 2015.

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> *Ibíd.*

cárceles en el país no tienen suficientes baterías sanitarias y presentan problemas con la prestación del servicio de agua potable”.<sup>28</sup>

De este modo, el proyecto de ley que se presenta ayuda a reducir este recurso excesivo a la cárcel, el populismo punitivo y plantea concebir el derecho penal como última ratio, estableciendo que primero pueden haber medidas de carácter restaurador y transformador que cumplan con las finalidades de retribución, reinserción, reconciliación, prevención general y protección a la persona condenada. Igualmente, es un proyecto de ley que aporta a la reducción del hacinamiento y, por tanto, a cumplir las solicitudes que la Corte Constitucional ha hecho de forma reiterada en la materia.

## 5. Argumentos de la doctrina en cuanto a la crisis de la pena de prisión

Este acápite retoma diversos planteamientos que se han hecho desde la doctrina en cuanto a la prisión. Con ello se busca esbozar varios argumentos que permiten evidenciar que hay una crisis de la cárcel y un llamado a plantear medidas alternativas a ella. Con ese fin, se cierra el acápite con la propuesta de “descarcelación” de Iñaki Rivera, la cual no busca una perspectiva radical y abolicionista de la cárcel, sino medidas paulatinas que permiten ir reduciendo esta crisis y, por tanto, dejar de seguir cometiendo violaciones sistemáticas a los derechos humanos a un gran número de personas.

### 5.1. Populismo punitivo

El populismo punitivo propone que el estado vuelva a ser más severo contra el crimen, ya que considera que es la “suavidad” del sistema penal la que ha generado escenarios de criminalidad. “Las propuestas “están construidas de forma que privilegien la opinión pública sobre las visiones de la justicia penal de expertos y élites profesionales” (David Garland, 2001), por esta razón es que son consideradas populistas”<sup>29</sup>.

El populismo punitivo ha hecho que haya aumentado el número de personas en prisión. Ya que la cárcel se ve como una medida de prevención del crimen. Por lo que se promueve la construcción de más cárceles. Igualmente, “este enfoque ha tendido a fortalecer, en vez de aminorar, los prejuicios raciales y de clase que caracterizaron el derecho penal en las últimas décadas”.<sup>30</sup> Asimismo, pareciera que todo lo que se haga por los ofensores fuera en contra de las víctimas; lo que ha traído un deterioro en los derechos de las personas privadas de la libertad. Como se referenciaba en el acápite anterior.

En sentido similar, Garland ha presentado un giro punitivo enfocado al control y endurecimiento

de las sanciones en los Estados Unidos y el Reino Unido. Esto se manifiesta a través de diferentes estrategias políticas y culturales; como lo son el aumento indiscriminado de las penas y las tasas de encarcelamiento, la reducción de la discrecionalidad de los jueces para imponer penas cortas, encarcelamiento de menores, trabajos forzados y la aparición de centros penitenciarios cada vez más tecnificados y restrictivos<sup>31</sup>.

Lo anterior ha hecho que se genere un marco de legitimación del punitivismo caracterizado por: a) la segregación punitiva, se imponen condenas muy largas sin posibilidad de resocialización, además de un amplio control de pospenado; b). se le da un mayor peso a la opinión pública que a una política criminal basada en datos empíricos; c) una suerte de manipulación del lugar de víctima para generar empatía y legitimar las altas penas.<sup>32</sup>

Iñaki Rivera ha planteado que el populismo punitivo toma además más fuerza bajo los planteamientos de Carl Schmitt de la política como un campo de “amigo- enemigo”, a partir de la que Jakobs desarrolla su teoría del “derecho penal del enemigo”. Evidenciando cómo la guerra global y la lucha contra el terrorismo, (o la actual “guerra contra las drogas” hace que surja un nuevo punitivismo. Por lo cual, el punitivismo está también vinculado con las “políticas de cero tolerancia”.<sup>33</sup>

En el caso colombiano esto resuena mucho con el contexto del conflicto armado y las luchas antisubversivas, que se han materializado en políticas de seguridad de corte abiertamente punitivista. Igualmente, en el ámbito del narcotráfico se ha optado por la constitución de una política de drogas cada vez más reaccionaria, donde se han aumentado progresivamente las penas y se ha abogado por un modelo de cada vez más encarcelamiento.<sup>34</sup> Lo que a su vez, ha traído limitantes en el acceso a ciertos “beneficios”, como libertades condicionales, visitas de familiares, etc.<sup>35</sup>

La cárcel no puede ser utilizada como la bodega de sujetos enemigos del Estado. La categorización de las personas en esta concepción es supremamente peligrosa, dado que, dependiendo del contexto, el Gobierno de turno y otras condiciones, cualquier persona puede ser clasificada en esta categoría. Todas las personas deberían poder ser usuarias del Estado y sus beneficios. Sólo eliminando esta concepción puede

<sup>31</sup> David Garland. La Cultura de las Sociedades con Altas Tasas de Criminalidad. En: Garland, David. Crimen y Castigo en la Modernidad Tardía. Pág. 213. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad Javeriana. 2007.

<sup>32</sup> *Ibid.* Página 216-217.

<sup>33</sup> Rivera Beiras, Iñaki. Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal. “Nuevas” racionalidades punitivas y posibles escenarios penales. *Criterio Libre Jurídico*. 7(2). Páginas 9-37. Julio-diciembre 2010.

<sup>34</sup> Uprimny, R; Chaparro, S; & Cruz, L. Delitos de Drogas y Sobredosis Carcelaria. Documentos de Justicia 37. 2017.

<sup>35</sup> *Op Cit.* Rivera Beiras. Forma de Estado.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> GARGARELLA, Roberto. De la Justicia Penal a la Justicia Social. Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes. Bogotá D.C. 2008. Página 86.

<sup>30</sup> *Ibid.* Página 87

comenzar la tarea de la inclusión de los sectores marginados, empobrecidos y racializados, lo que mitigaría la amplia criminalización de la que han sido víctimas ciertos sectores sociales.

Esto es lo que pretende el proyecto de ley al concebir ciertos delitos como contravenciones y plantear alternativas a la cárcel como sanción. No es que la persona no se sancione, sino que se le brindan otros escenarios distintos a la cárcel, en donde acepta responsabilidad, se hace responsable de lo cometido a partir del resarcimiento de la víctima, ejecute un servicio social, además de entablar diversos programas que ayuden a la consolidación de su proyecto de vida. De este modo, pretende superar esta visión de populismo punitivo y, en lugar de ello, dar condiciones más sólidas para una verdadera resocialización. Donde, además, no esté el individuo aislado, sino que lleve a cabo este proceso en la interacción con la víctima y otras instancias de la sociedad, a través, por ejemplo, del trabajo social y de los escenarios restaurativos.

### **5.2. Pensamiento liberal que lleva a visión ahistórica, descontextualizada y universalista de las penas:**

La pena de prisión como la pena por excelencia a imponer en el sistema punitivo no siempre ha existido. Antes del iluminismo la cárcel no necesariamente era una pena, sino una especie de medida preventiva, mientras se juzgaba a la persona, para garantizar que no se escapara.<sup>36</sup> Así las cosas, “Conviene siempre recordar que la pena carcelaria, como pena principal y central del sistema punitivo, fue concebida hace poco más de dos siglos por el pensamiento iluminista como factor de minimización, racionalización y humanización del derecho penal, como alternativa a las penas corporales, a las penas infamantes y a los suplicios”.<sup>37</sup>

Originalmente, la pena de prisión obedece a filosofías liberales del derecho. Detrás de este pensamiento hay una presunción de que todos los seres humanos son iguales y que, por lo tanto, se les debe juzgar de la misma manera. Esto conlleva a una visión ahistórica y descontextualizada de las penas, que hace que se apliquen de forma universal. Pero, a su vez, que se apliquen bajo discursos de “neutralidad” e “imparcialidad”. Por lo que, no hay necesidad de tener en cuenta condiciones

las personas a las que se le aplican (como por ejemplo sus condiciones socioeconómicas, físicas, psicológicas y mentales).

Pero Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, por lo cual, no sólo se basa en el pensamiento liberal, sino que se erige también sobre otras concepciones. Por ejemplo, se plantea la necesidad de incluir aspectos sociales en el estado. El estado ya no sólo tiene que estar sometido al imperio de la ley, sino que además, debe abogar por brindar unas condiciones sociales aptas que permitan que sus asociados/as vivan de la mejor manera posible. Esto implica, entonces, que el ejercicio de la acción penal no sólo debe estar orientado a sancionar las acciones u omisiones que se salen del ordenamiento jurídico, sino también, a brindar condiciones que permitan que dichas acciones no se repitan y que las personas involucradas (así como la sociedad en su conjunto) restauren la desarmonía que se causó.

Que Colombia no sea un estado que se haya quedado únicamente atado a las concepciones del estado liberal, sino que se asuma, según la Constitución Política de 1991, como un estado social y democrático de derecho, hace necesario entonces, concebir que el ejercicio de la acción penal también debe garantizar la prevención especial y la reinserción social. Esto implica, entonces, pensar en medidas concretas que logren materializar estos fines, más allá de la mera privación de la libertad. Más teniendo en cuenta que en Colombia los fines de la pena son la prevención general, la prevención especial, la retribución, la reinserción social y el respeto al debido proceso y derechos del procesado o condenado<sup>38</sup>.

Así, el presente proyecto de ley, busca brindar garantías para que quien comete una infracción a las normas (en los supuestos específicos que se establecen) tengan la posibilidad de resarcir su daño, de reconocer su responsabilidad, de reconciliarse con la (o las) víctimas y de tener acceso a programas que le garanticen una reinserción social y un alejamiento del escenario criminal y delictivo.

Igualmente, parte de la necesidad de tener en cuenta los contextos de comisión de las acciones y las condiciones de las personas que las llevaron a cabo. Aceptando que no todas las personas están en iguales condiciones y, por lo tanto, el juicio de reproche que se les debe hacer, debe variar de acuerdo a los contextos. De este modo, se busca superar la concepción ahistórica y descontextualizada que cobijó inicialmente a la imposición de las penas en los estados liberales, para tener en cuenta aspectos específicos que rodean a la persona al momento de la comisión de la contravención y poder, así, brindar soluciones para que no vuelva a reincidir.

<sup>36</sup> Rubio Hernández, Herlinda Enríquez. La prisión: reseña histórica y conceptual. Ciencia Jurídica. Universidad de Guanajuato. Departamento de Derecho. Año 1, no. 2. 2012.

<sup>37</sup> Ferrajoli, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. Lección expuesta el 4 de julio de 2015 en el curso de postgrado “Ejecución penal y derecho penitenciario” organizado en san José de Costa Rica por Iñaki Rivera Beiras de la universidad Barcelona y por Calos Manavella de la Universidad para la Cooperación internacional. Traducción al castellano de Iñaki Rivera Beiras. Página 5.

<sup>38</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-328 de 2016. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: junio 22 de 2016).

### 5.3. Control, disciplinamiento y resocialización

Las cárceles están hechas para apartar de la sociedad a los infractores de las normas. El problema es identificar qué elementos se clasifican como violaciones a las mismas. Las críticas hacia el sistema carcelario han evidenciado que la cárcel se ha usado como una herramienta para “controlar” a las poblaciones y “eliminar” las anomalías. Tiene las aspiraciones de castigar las desviaciones. Uno de los autores emblemáticos en ese sentido es Michel Foucault, que evidencia la forma en la que se construyeron las cárceles francesas para poder tener control de todo lo que hacían las personas privadas de su libertad.

Asimismo, muestra cómo quienes caen en condiciones de reclusión son aquellas esferas de las sociedades “desviadas”, personas con problemas psiquiátricos, prostitutas, gays, entre otros. Es decir, la cárcel funciona como “el control selectivo de ciertos grupos sociales considerados como problemáticos”<sup>39</sup>. No obstante, esto hace que se aisle aún más y que sea cada vez más complejo que estas personas puedan vivir fuera de estos círculos que se han estigmatizado. De este modo, se fortalece la marginalización, creando más personas consideradas como “desviadas” y no existirían oportunidades para una vida por fuera de estos círculos.<sup>40</sup>

La cárcel también ha sido utilizada como un dispositivo aleccionador de los sectores más pobres y marginalizados de la sociedad. Es un espacio que ha sido diseñado para castigar a quienes no son útiles al aparato económico. Wacquant<sup>41</sup> muestra cómo en occidente (desde el siglo XX) se ha venido cultivando una cultura penitenciaria que criminaliza la miseria. Esto va de la mano de la reducción de programas sociales. Luz Piedad Caicedo retoma los postulados de Wacquant acerca de que la política penitenciaria invisibiliza a aquellas personas que no acceden a los beneficios sociales y económicos del Estado. Lo anterior se refuerza con el hecho de que se ha mostrado una relación en el aumento de la población carcelaria y la reducción de inversión social. En esta medida, el aumento punitivo está relacionado con la exclusión social, es decir, “con la prisión lo que se hace es responder a los problemas estructurales que devienen de la exclusión y la desigualdad”.<sup>42</sup>

Esto se recrudece cuando se ha evidenciado que las personas que usualmente terminan en las cárceles

son sujetos racializados, como lo ha afirmado Rita Segato<sup>43</sup>, Angela Davis<sup>44</sup>, Stuart Hall<sup>45</sup> o Jonathan Simón. Éste último, centrado en el caso estadounidense, muestra la relevancia del aparato administrativo (agencias ejecutivas, como policías y autoridades carcelarias) en la preservación de la desigualdad racial del Estado carcelario. También muestra cómo la pertenencia a un grupo “anormal” (negros, inmigrantes, LGBTIQ, etc.) hace que haya mayor riesgo de sufrir criminalización.<sup>46</sup>

Siguiendo lo anterior, la prisión ha tenido un impacto desproporcionado en las mujeres. Desde hace algunos años se ha visto un aumento de la población femenina en centros de reclusión. En América Latina, el aumento ha sido del 51,6% entre el 2000 y el 2015, en comparación con un 20% para el caso de los hombres<sup>47</sup>. Igualmente, se estima que gran parte de este incremento se debe a los delitos relacionados con drogas, en Costa Rica el 75,46% de la población femenina está por estos delitos, en Argentina el 65%, Brasil cuenta con un 60% al igual que Perú; en el caso de Colombia el porcentaje es del 45%.<sup>48</sup>

En sentido similar, Elena Azaola y Cristina Yacamán en una investigación sobre el sistema carcelario mexicano, plantean que las mujeres no figuran como visibles para el sistema. De este modo, “la norma se dicta y se desprende a partir de las necesidades de los hombres, y donde la mujer pasa a ser una especie de apéndice que se agrega a dicho modelo”.<sup>49</sup>

Frente a mujeres detenidas por delitos de drogas en Colombia, Luz Piedad Caicedo evidencia que la gran mayoría de mujeres viven en situaciones

<sup>39</sup> Malcolm M. Feeley. Jonathan Simon. *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications*. Criminology. Noviembre de 1992. At. 449.

<sup>40</sup> Libardo José Ariza y Manuel Iturralde: *Los muros de la Infamia: Prisiones en Colombia y en América Latina*. Universidad de los Andes.

<sup>41</sup> Wacquant, Loic. *Las Cárceles de la Miseria*. Ed., Manantial. 2000.

<sup>42</sup> Caicedo Delgado, Luz Piedad. *MUJERES EN PRISIÓN POR DELITOS DE DROGAS: ESPEJO DE LAS FISURAS DEL DESARROLLO*. Bogotá D.C.: Corporación Humanas. 2017.

<sup>43</sup> Rita Laura Segato. *El color de la cárcel en América Latina. Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en Deconstrucción*. En: Rita Laura Segato. *La crítica a la colonialidad en Ocho Ensayos*. Pág 245. Ed. Prometeo. (2013).

<sup>44</sup> DAVIS, Angela. *Democracia de la Abolición: Prisiones, racismo y violencia*. Op.cit., pág. 43. Ver También: Mary Ellen Curtin. *Black Prisoners and their World, Alabama, 1965 -1900*. Ed., University of Virginia Press. (2000).

<sup>45</sup> STUART HALL, Chas Critcher, Tony Jefferson, John Clarke y Brian Roberts. *Policing the Crisis. Mugging, the State and Law and Order*. Ed., The Macmillan Press Ltd. (2013).

<sup>46</sup> Simón, Jonathan; Ariza Higuera; Libardo José y Torres Gómez; Mario Andrés. *Encarcelamiento masivo: derecho, raza y castigo*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2020. Doi: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.290>.

<sup>47</sup> Chaparro, S. (2016, 02 08). *La alarmante tasa de mujeres presas por tráfico menor de drogas*. [https://www.vice.com/es\\_co/article/zndaq8/mujeres-drogas-y-sobredosis-carcelaria](https://www.vice.com/es_co/article/zndaq8/mujeres-drogas-y-sobredosis-carcelaria)

<sup>48</sup> Wola, IDPC, Dejusticia, Cim, & OEA. (2016). *Mujeres, Política de Drogas y Encarcelamiento: una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe*. Bogotá D.C. Página 9.

<sup>49</sup> Azaola Garrido, Elena y Yacamán, Cristina. *Las Mujeres Olvidadas. Un estudio sobre la situación actual de las cárceles de mujeres en la República mexicana*. El Colegio de México. 1996. Página. 403.

económicas complicadas, tienen un amplio historial de violencia intrafamiliar, dependencia emocional de sus parejas, hijos/as a cargo y poca (o nula) ayuda de los padres de los menores para su mantenimiento.<sup>50</sup> Wola y otros recuerdan que estas mujeres, en su mayoría, son madres solteras: “en Costa Rica, por ejemplo, en 2012, más del 95% de las mujeres en prisión por introducir drogas en centros penales, no solamente eran madres solteras, sino también las únicas que respondían por sus hijas e hijos”.<sup>51</sup>

Así las cosas, la prisión se ha convertido en una herramienta para criminalizar a sujetos con condiciones de vulnerabilidad. Es una forma de aislar a estas personas que en realidad deben entenderse como sujetos especiales de especial protección constitucional. Por lo que, en lugar de crear medidas coercitivas y punitivas, el estado colombiano debería propender por brindar alternativas sólidas que les permitan desarrollar un proyecto de vida digno.

Se requieren medidas que permitan que haya elementos para cumplir la finalidad de las penas, en un espacio de dignidad y con oportunidades de capacitación y resocialización para el exconvicto/a. Deben existir, además, mecanismos que dignifiquen a las personas involucradas, tanto a los infractores/as como a las víctimas. Este tipo de oportunidades no se dan en un escenario de disciplinamiento y control, como indica Foucault que fueron planeadas las cárceles, sino en uno que se guíe bajo lógicas de justicia restaurativa, en la que se le dé la oportunidad al infractor de resarcir el daño, más que ser apartado de la sociedad. Para reparar a la sociedad se necesita estar con ella o al menos, entrar en contacto con ella.

Teniendo en cuenta lo anterior, la cárcel disciplina y genera control, pero no resocializa ni da elementos claros para que las personas adquieran habilidades para resocializarse. ¿Qué oportunidades existen para las personas que salen del sistema carcelario? El articulado de este proyecto de ley pretende, por un lado, que quienes han cometido contravenciones no se aislen, sino que lleven a cabo un proceso restaurador y transformador a partir del contacto con la(s) víctima(s), pero también con círculos sociales que le brinden elementos para aceptar su responsabilidad y habilidades para salir de los círculos de marginación.

Asimismo, si no se abordan los problemas estructurales que aquejan a la sociedad colombiana, no se reducirá la criminalidad. Una forma de restauración social es la creación y mantenimiento de oportunidades para la subsistencia de las personas, para que exista la garantía de que hay opciones

de vida por fuera de la criminalidad. Se trata de garantizar condiciones mínimas de dignidad y de vida. Las medidas de contenido transformador que trae este proyecto de ley buscan ayudar a brindar esas condiciones.

#### 5.4. Descarcelación

Ante todo el panorama anterior, Luigi Ferrajoli ha propuesto: “asumir como prospectiva de largo término la progresiva superación de la cárcel y, mientras tanto, despojar la reclusión de su actual rol de pena principal y paradigmática, limitando drásticamente la duración y reservándolo sólo a las ofensas más graves a los derechos fundamentales (como la vida y la integridad personal), los cuales sólo justifican la privación de libertad personal la cual es, también, un derecho fundamental constitucionalmente garantizado”.<sup>52</sup>

Siguiendo estos postulados, Iñaki Rivera desarrolla el concepto de ‘Descarcelación’. “Se trata, en consecuencia, de invertir radicalmente la situación y comenzar a diseñar procesos de reducción del empleo de la opción custodial a partir de las demandas de los afectados”.<sup>53</sup> Para el autor, la verdadera opción es pensar en menos cárcel, no en mejorar la cárcel. Pero hace la claridad de que no pretende plantear un modelo terminado e indiscutible, sino todo lo contrario: uno que pueda ser retroalimentado, de-construido, complementado.

De este modo, su propuesta combina diversas modalidades de acción social: 1. Estrategias para la efectiva participación democrática de los afectados; 2. Un marco jurídico mínimo; 3. Medidas políticas, sociales, culturales y de comunicación “para producir paulatinamente una cultura que provoque la liberación (social) de la necesidad de la cárcel”.<sup>54</sup>

La descarcelación es una tarea que debe incidir en la esfera social y política para la toma de ciertas decisiones, principalmente en dos sentidos: en primer lugar, la descriminalización de ciertas conductas; y, en segundo lugar, la posibilidad de que los operadores de justicia apliquen otras sanciones diferentes de la privación de la libertad (a excepción de casos extremos). Por otro lado, es necesaria una reserva de código, que impida que los jueces puedan arbitrariamente definir delitos, procesos y penas. Al respecto Rivera asegura que “el único debate verdaderamente superador de la cárcel es aquél que se sitúa en la fase de creación del derecho, erradicando de la ley la posibilidad de seguir castigando con privación de libertad”.<sup>55</sup>

El proyecto de ley en cuestión sigue estos postulados, al comprender algunos de los delitos que lesionan con menor gravedad los bienes jurídicos

<sup>50</sup> Caicedo Delgado, L. P. MUJERES EN PRISIÓN POR DELITOS DE DROGAS: ESPEJO DE LAS FISURAS DEL DESARROLLO. Bogotá D.C.: Corporación Humanas. 2017.

<sup>51</sup> Op. Cit. Wola, IDPC, Dejusticia, Cim, & OEA. (2016). Mujeres, Política de Drogas y Encarcelamiento: una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe. Bogotá D.C. Página 8.

<sup>52</sup> Op. Cit. Ferrajoli. Página 9.

<sup>53</sup> RIVERA BEIRAS, Iñaki. 2017. Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel. Valencia: Tirant lo Banch. Página 76.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid.* Página 81.

tutelados como contravenciones y darles un tratamiento de justicia restaurativa y transformadora.

En este sentido, tanto se están desestimando acciones como delitos, como se están proponiendo medidas diferentes a la prisión.

De los honorables Congressistas,

*Angélica Lozano Correa*  
ANGÉLICA LOZANO CORREA  
Senadora de la República  
Partido Alianza Verde

*Olga Lucía Velásquez*  
OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ  
Representante a la Cámara  
Partido Alianza Verde

*Juan Carlos García Gómez*  
JUAN CARLOS GARCÍA GÓMEZ  
Senador de la República  
Partido Conservador Colombiano

*Juan Sebastián Gómez González*  
JUAN SEBASTIÁN GÓMEZ GONZÁLEZ  
Representante a la Cámara por Caldas  
Nuevo Liberalismo

*Nadia Georgette Bles Scaff*  
NADIA GEORGETTE BLEL SCAFF  
Senadora de la República  
Partido Conservador Colombiano

*Katherine Miranda P.*  
KATHERINE MIRANDA  
Representante a la Cámara  
Partido Alianza Verde

*Carolina Giraldo Botero*  
CAROLINA GIRALDO BOTERO  
Representante a la Cámara por Risaralda  
Partido Alianza Verde

*Carolina Espitia Jerez*  
CAROLINA ESPITIA JEREZ  
Senadora de la República  
Partido Alianza Verde

CAMARA DE REPRESENTANTES  
SECRETARÍA GENERAL

El día 03 de Agosto del año 2022

Ha sido presentado en este despacho el  
Proyecto de Ley X Acto Legislativo \_\_\_\_\_  
No. 108 Con su correspondiente  
Exposición de Motivos, suscrito Por:  
Hs Angelica Lozano, Hr Olga L. Velarquez  
Hs Juan C. Garcia, Hr Juan S. Gomez y otras firmas

SECRETARIO GENERAL

\*\*\*

**PROYECTO LEY NÚMERO 111 DE 2022  
CÁMARA**

por medio del cual se generan incentivos tributarios al sector agropecuario.

Artículo 1°. Objeto. Modificar el Estatuto tributario y la Ley 2183 de 2022 que incentive la inversión en el sector agropecuario y genere beneficios tributarios al productor.

Artículo 2°. Adiciónese un artículo nuevo en el estatuto tributario:

“Artículo nuevo. Las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta,

podrán deducir el treinta por ciento (30%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos agropecuarios adquiridos, aún bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, a partir del primer día del año siguiente de la entrada en vigencia de la presente ley. Esta deducción solo podrá utilizarse por los años tres años gravables siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el numeral 2 (dos) del artículo 235 del estatuto tributario. Los contribuyentes que hagan uso de esta deducción no podrán acogerse al beneficio previsto en el artículo 689-1. La DIAN deberá informar semestralmente al Congreso sobre los resultados de este artículo.”.

Artículo 3°. Modifíquese el artículo 424 del estatuto tributario. BIENES QUE NO CAUSAN EL IMPUESTO. Incluyendo los siguientes bienes:

- Sales Mineralizadas.
- Alambres de cerca eléctrica y alambres de Púa.
- Purinas de uso agropecuario.
- Materiales para la instalación de cercas eléctricas y alambres de Púas.
- Serruchos, puntillas, grapas, alicates, martillo, carretillas, guadañas y peinillas.
- Motobombas, estacionarias y mangueras para acueductos agropecuarios.

Parágrafo. El Departamento de Impuestos y Aduanas Nacionales, adicionará la respectiva nomenclatura arancelaria Andina vigente:

Artículo 4°. Modifíquese el artículo 23 de la Ley 2183 de 2022, el cual quedará así:

“Artículo 23. Los insumos agropecuarios serán importados a una tasa de 0% de arancel, para el fortalecimiento y la reactivación económica del campo”.

Artículo 5°. Vigencia y derogaciones. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones contrarias.

*Jhon Fredy Nuñez Ramos*  
JHON FREDY NUÑEZ RAMOS  
Representante a la Cámara por Caquetá y Huila  
CITREP 5

*Karen Smith*  
Karen Smith  
10904248413  
CITREP 2.

*Juan C. Vargas*  
JUAN C. VARGAS  
cc: 91.507.626

*Juan Jairo González*  
Juan Jairo González  
cc: 18398267

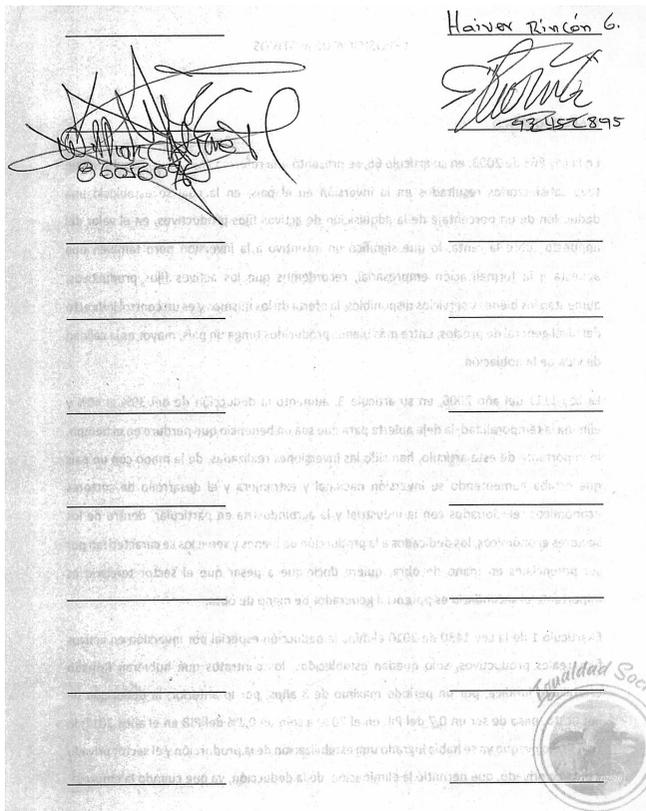
*Jimena Masquele*  
Jimena Masquele  
79444090

*Leonora Valencia*  
Leonora Valencia  
cc: 50945958

*Karen Lopez*  
Karen Lopez  
1102906723

*Jhon Fredy Nuñez Ramos*  
Jhon Fredy Nuñez Ramos  
18157410

*Orlando Quintana*  
Orlando Quintana  
cc: 1090406261



**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

**Marco Jurídico**

En la Ley 863 de 2003, en su artículo 68, se presentó una reforma al estatuto tributario que tuvo satisfactorios resultados en la inversión en el país, en la cual se estableció una deducción de un porcentaje de la adquisición de activos fijos productivos, en el valor del impuesto sobre la renta; lo que significó un incentivo a la inversión pero también una apuesta a la formalización empresarial, recordemos que los activos fijos productivos, aumentan los bienes y servicios disponibles, la oferta de los mismos y es un control indirecto del nivel general de precios, entre más bienes producidos tenga un país, mayor es la calidad de vida de la población.

La Ley 1111 del año 2006, en su artículo 8°, aumentó la deducción de del 30% al 40% y elimina la temporalidad, la deja abierta para que sea un beneficio que perdure en el tiempo, lo importante de este artículo, han sido las inversiones realizadas, de la mano con un país que estaba aumentando su inversión nacional y extranjera y el desarrollo de sectores económicos relacionados con la industrial y la agroindustria en particular, dentro de los sectores económicos, los dedicados a la producción de bienes y servicios se caracterizan por ser potenciales en mano de obra, quiere decir que a pesar que el sector terciario es importante el secundario es potencial generador de mano de obra.

El artículo 1° de la Ley 1430 de 2010 elimina la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos, solo quedan establecidos, los contratos que hubieran firmado estabilidad jurídica, por un periodo máximo de 3 años, por lo anterior, la deducción de impuesto, pasó de ser un 0,7 del PIB en el 2010 a solo un 0,1% del PIB en el años 2017; lo cual se dio porque ya se había logrado una estabilización de la producción y el sector privado

y público privado, que permitió la eliminación de la deducción, ya que cuando la empresa reacciona positivamente a una medida, ya se coloca en la capacidad de una tributación total.

La Ley 2183 de 2022, constituyó, el sistema nacional de sistemas agropecuarios, que crea el sistema, los actores relevantes en el mismo, los diferentes ministerios, las comisiones y observatorios, de igual manera se crea la mesa nacional de insumos agropecuario y el avance más importante, la creación del fondo de insumos agropecuarios, mediante, estrategias, de corto y mediano plazo que permita incrementar el acceso a los insumos agropecuarios, esto se da debido a la constante volatilidad de los productos, provenientes de la tasa de cambio flotante y que el sector agropecuario liderara la reactivación económica del país en el año 2021.

**Segmento Técnico**

La primera modificación, busca incentivar la producción agropecuaria y dar un paso a la formalización y tributación, “las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir el treinta por ciento (30%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos agropecuarios adquiridos”; lo cual beneficiará la competitividad del sector agropecuario y la formalización.

**Competitividad del sector agropecuario:**

“1La inversión privada en Colombia como porcentaje del PIB, entre 1990-2020, fue del 0,8%. Esta cifra se ubica por debajo de países como Honduras, Perú, Brasil y Bolivia”, lo que significa que se deben hacer esfuerzos para reactivar el sector privado, a pesar que este dato es general, no es ajeno a la situación del país, el informe recomienda “Acelerar la implementación de infraestructuras logísticas especializadas (ILE) y diseñar un plan de promoción de infraestructuras logísticas agropecuarias (ILA).”2, el costo logístico del sector agropecuario en Colombia, es de 22,9 pesos por cada 100 pesos recibidos por ventas, mientras que el promedio de la OCDE es de 12,8% haciendo que pierda competitividad.

**Tributación del sector agropecuario.**

“Las tasas efectivas de tributación de las personas naturales contribuyentes son bajas a lo largo de toda la distribución de ingreso y se ubica en promedio en 2 %”3, precisamente ante menor es la tributación o los declarantes, mayores son las tasas que se tienen que dar, por esa razón entre mayor sean las personas que entren a ser declarantes con incentivos tributarios, se pueden disminuir las tasas en un futuro, con respecto a los impuestos directos en la República de Colombia, son del 54,3% y los indirectos del 45,7%; haciendo que los impuestos no sean progresivos y la gran magnitud de los

1 Informe nacional de competitividad.  
 2 Ibid.  
 3 Ibid.

impuestos indirectos son regresivos como el IVA y afectan a la población vulnerable, especialmente a los que compran productos para el campo.

Es importante, un proyecto de Ley que busque combatir las dos causas de la inequidad de la tributación, al disminuir las carga tributaria indirecta, como el IVA de ciertos productos que son adquiridos por las personas más vulnerables, de igual manera la disminución del valor de compra de activos fijos agropecuarios, en la base gravable de renta, provocaría un aumento de las personas del sector que pierdan el temor a tributar y aumentar la cantidad de contribuyentes, como es relacionado con activos fijos productivos, aumentaría la competitividad, todas los beneficios tributarios, tienen relación directa con la productividad del sector agropecuario.

Una de las recomendaciones del informe de competitividad es la de “Ampliar el umbral a partir del cual se empieza a declarar el impuesto de renta para personas naturales”<sup>4</sup>, en otras palabras, aumentar el número de contribuyentes y esto solo se logrará con un sistema tributario más equitativo con sectores productivos vulnerables.

Con respecto a las deducciones por compra de activos fijos durante la primera década del siglo XXI, la DIAN expuso lo siguiente “la inversión en esta clase de activos da derecho a una deducción del 40% del valor de la inversión. Si por efecto de dicha deducción el contribuyente incurre en una pérdida fiscal la misma será compensable con las utilidades que pudieran generarse en los siguientes períodos fiscales. El costo fiscal de este beneficio, considerando los contribuyentes del impuesto representó el 0,54% del PIB”<sup>5</sup>, el crecimiento del PIB en Colombia en el año 2006 fue del 6,7%, representando una buena tasa de crecimiento con respecto al costo fiscal.

**Insumos Agropecuarios.**

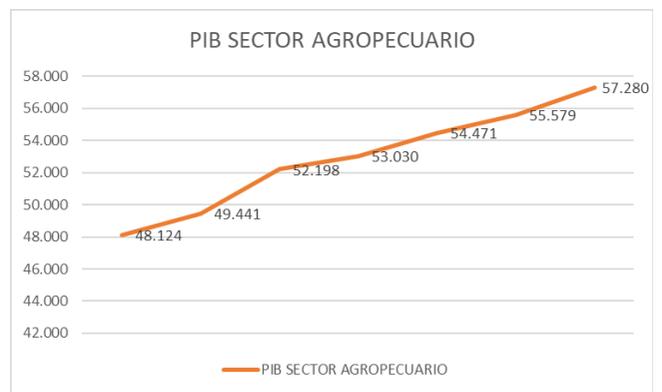
En Colombia en el mes de enero de 2022, el precio de los insumos agropecuarios, tuvo un aumento del 43%, especialmente este aumento está reflejado en los herbicidas, fertilizantes y fungicidas, el aumento de los insumos agropecuarios es una problemática que afecta directamente los precios de producción del sector y se refleja en los precios de la canasta familiar, generando inflación, el Departamento Nacional de Estadística cada década, determina cuales son los productos que impactan para determinar el IPC, los que tienen mayor pesos son los alimentos de consumo básico, a pesar que existen otro tipo de productos como bebida y demás bienes y servicios.

No necesariamente el problema directo es la inflación, es qué productos la contienen, ya que ellos son de primera necesidad, razón por la cual el Gobierno Nacional impulsó la Ley 2183 de 2022 o de Insumos agropecuarios, la cual creó el Sistema

Nacional de Insumos Agropecuarios y el Fondo de Insumos Agropecuario, de igual manera por término de un año le entregó arancel de 0% a la importancia de los mismos, por esta razón en la presente iniciativa se propone dejar por periodo indefinido estos beneficios, de esta manera se garantiza un aumento de la productividad y un aumento del Producto Interno Bruto.

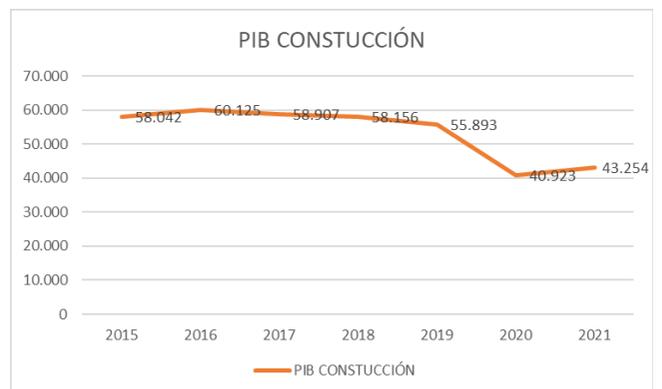
**Sector Agropecuario y Pandemia del COVID 19, análisis macroeconómico.**

El sector agropecuario durante la pandemia del COVID 19, se mantuvo fortalecido, en temas de producción, debido a que sus productos son en su mayoría de primera necesidad, lo que los hace inelásticos con respecto al precio, quiere decir que a pesar que los precios aumentaron, por la demanda de los productos y por el aumento de los insumos, la producción se mantuvo y fue uno de los sectores que sacó a flote la economía Colombiana. A continuación, el comportamiento del PIB Agropecuario en los últimos 5 años incluyendo los dos en los que la Pandemia fue más fuerte.



**PIB. Sector Agropecuario. Fuente DANE. Miles de millones de pesos**

A pesar que la Pandemia afectó el mundo entero, el sector agropecuario salió adelante debido a que su producción, tuvo consumo y libre movilidad por los decretos presidenciales, durante el transcurso de la misma, pero una vez la Pandemia ya se encuentra en su fase final, quedaron rezagos que afectan a toda la población, el sector puede seguir su crecimiento, pero todo el resto de la economía se desploma, porque todos los sectores son consumidores del mismo y esto afecta el PIB de las otras actividades económicas, razón por la cual la importancia del control de precios del sector.

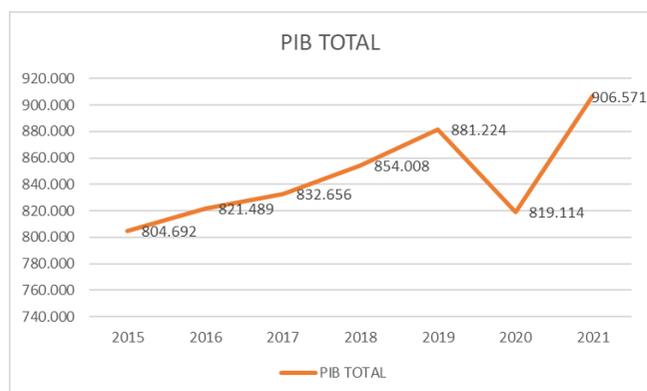


**PIB. Sector Construcción. Fuente DANE. Miles de millones de pesos**

<sup>4</sup> Ibíd.

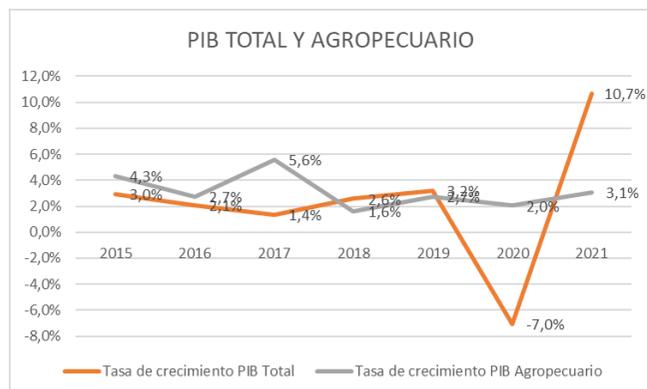
<sup>5</sup> Distorsión en la tributación de las empresas en Colombia: Un análisis a partir de las tarifas efectivas marginales.

Este gráfico es para relacionar la caída de sectores económicos distintos al agropecuario, para analizar lo difícil que fue la economía y la capacidad adquisitiva que pierden todos los consumidores al adquirir productos de primera necesidad; evita que consuman productos de lujo o de una necesidad con una capacidad inferior, por ejemplo, a pesar de que la construcción tiene dentro de sus rubros la vivienda, la alimentación sin lugar a duda tiene una necesidad primordial.



**PIB TOTAL. Fuente DANE.**  
Miles de millones de pesos

La pandemia, hizo que hubiera una disminución considerable del PIB durante un año pero sectores como el agropecuario hicieron que esa caída volviera rápidamente a tener tendencia en alza, pero los precios si nunca se recuperaron a su valor anterior, por fenómenos como la especulación o el precio de los insumos, vamos a analizar el año 2020 por trimestre y comparar el sector agropecuario con el PIB total.



**PIB Agropecuario. PIB Total. Fuente DANE.**

El PIB total tuvo movimientos mucho más agresivos que el comportamiento del PIB agropecuario que se mantuvo en una línea casi que recta durante todos los años, incluyendo el de la Pandemia, pero también resalta que existen sectores distintos al agropecuario que jalónaron el PIB 2021, como el sector comercio, las actividades científicas y técnicas y las actividades artísticas.

### **Paro Nacional y Sector Agropecuario. Análisis Fundamental.**

En el mes de mayo se presentaron alteraciones al orden público, por el paro nacional de 2021, en respuesta a una propuesta de Reforma Tributaria, que se retiraría del Legislativo, pero obviando el tema político, se presentaron afectaciones en la

cadena productiva del sector agropecuario, que derivaron en temas inflacionarios, al igual que la Pandemia, casi todos los productos de la canasta familiar tuvieron tendencia al alza, tendencia que nunca decayó, por lo cual Colombia, pasó de una inflación controlada de 20 años, a tasas superiores al 10% después de dos décadas.

Según la Federación Nacional de Avicultores de Colombia FENAVI, el material genético, tendría un rezago de casi 18 meses para recuperarse, a causa de los bloqueos especialmente en el suroccidente del País, en el Valle del Cauca. De igual manera los departamentos productores sufrieron de desabastecimiento, de los productos ajenos a su piso térmico o que eran traídos de otros departamentos, debido a los bloqueos, algunos lograron estabilizar sus precios, pero el huevo, la carne, entre otros.

### **Estatuto Tributario.**

El artículo 424 de estatuto tributario, enumera los artículos excluidos del impuesto sobre las ventas, son aproximadamente 180 rubros, que se han ido incluidos en este listado en diferentes reformas tributarias, a pesar de que la canasta familiar en su totalidad está excluida, indirectamente está siendo gravada por los costos de producción que cuentan con insumos que aún tienen este impuesto.

### **Artículo 235-2.**

Como rentas exentas del impuesto sobre la renta en el numeral 2 del artículo 235 y a partir del año 2019 fueron determinados los siguientes:

“2. Incentivo tributario para el desarrollo del campo colombiano. Las rentas provenientes de inversiones que incrementen la productividad en el sector agropecuario, por un término de diez (10) años, contados, inclusive, a partir del año en que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural emita el acto de conformidad, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- Las sociedades deben tener por objeto social alguna de las actividades que incrementan la productividad del sector agropecuario. Las actividades comprendidas son aquellas señaladas en la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), Sección A, división 01, división 02, división 03; Sección C, división 10 y división 11, adoptada en Colombia mediante Resolución de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
- <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las sociedades deben constituirse a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1943 de 2018 e iniciar su actividad económica antes del 31 de diciembre de 2022.

### **Jurisprudencia Vigencia.**

- Los beneficiarios de esta renta exenta deberán acreditar la contratación directa a través de contrato laboral de un mínimo de empleados con vocación de permanencia

que desempeñen funciones relacionadas directamente con las actividades de que trata este artículo. El número mínimo de empleos requerido tendrá relación directa con los ingresos brutos obtenidos en el respectivo año gravable y se requerirá de una inversión mínima en un periodo de seis (6) años en propiedad, planta y equipo. Lo anterior, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno nacional, dentro de los parámetros fijados en la siguiente tabla:

| Grupo | Monto mínimo de inversión en UVT durante los seis (6) primeros años | Ingresos en UVT durante el respectivo año gravable |         | Mínimo de empleos directos |
|-------|---|--|---------|----------------------------|
|       |   | Desde  | Hasta   |                            |
| 1     | 1.500   | 0  | 40.000  | 1 a 10                     |
| 2     | 25.000  | 40.001   | 80.000  | 11 a 24                    |
| 3     | 50.000  | 80.001   | 170.000 | 25 a 50                    |
| 4     | 80.000  | 170.001  | 290.000 | Más de 51                  |

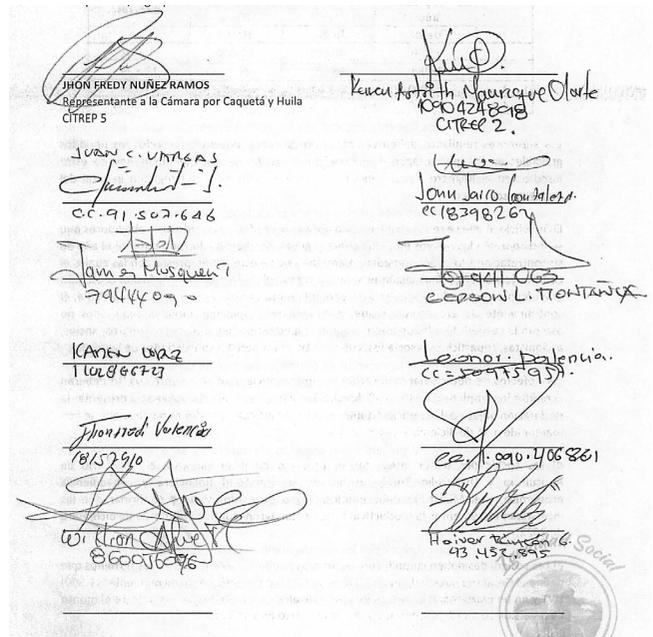
Los anteriores requisitos deben cumplirse por los contribuyentes en todos los periodos gravables en los que se aplique el beneficio de renta exenta, quienes deben de estar inscritos en el Registro Único Tributario como contribuyentes del régimen general del impuesto sobre la renta.

El beneficio al que se refiere este artículo no será procedente, cuando los trabajadores que se incorporen a los nuevos empleos directos generados hayan laborado durante el año de su contratación y/o el año inmediatamente anterior a este, en empresas con las cuales el contribuyente tenga vinculación económica o procedan de procesos de fusión o escisión que efectúe el contribuyente. Para acceder a la renta exenta de que trata este artículo, el contribuyente deberá acreditar que el mínimo de empleados directos requeridos no ostenta la calidad de administradores de la respectiva sociedad ni son miembros, socios, accionistas, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros o consorciados de la misma.

Para efectos de determinar la vocación de permanencia mínima de empleos, se deberán acreditar los empleos directos a 30 de junio del año en el cual está obligado a presentar la declaración objeto del beneficio establecido en este artículo, y poder demostrar que se han mantenido a 31 de diciembre del mismo año.

- d) Las sociedades deben presentar su proyecto de inversión ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, justificando su viabilidad financiera y conveniencia económica, y el Ministerio debe emitir un acto de conformidad y confirmar que las inversiones incrementan la productividad del sector agropecuario antes del 31 de diciembre de 2022.
- e) Las sociedades deben cumplir con los montos mínimos de inversión en los términos que defina el Gobierno nacional, que en ningún caso puede ser inferior a mil quinientas (1.500) UVT y en un plazo máximo de seis (6) años gravables. En caso de que no se logre el monto de inversión se pierde el beneficio a partir del sexto año, inclusive.

- f) El beneficio de renta exenta aquí contemplado, se aplicará incluso, en el esquema empresarial, de inversión, o de negocios, se vincule a entidades de economía solidaria cuyas actividades u objetivos tengan relación con el sector agropecuario, a las asociaciones de campesinos, o grupos individuales de estos”<sup>6</sup>.



... N. N. CAMARA DE REPRESENTANTES SECRETARÍA GENERAL

El día 04 de Agosto del año 2022

Ha sido presentado en este despacho el Proyecto de Ley X Acto Legislativo \_\_\_\_\_

No. 111 Con su correspondiente Exposición de Motivos, suscrito Por HR Juan F. Nuñez  
HR Karen Henriquez, HR John J. Gonzalez  
HR Karen Lopez, HR Gerson Montaña y otros HA-RR

SECRETARIO GENERAL

\*\*\*

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 112 DE 2022**  
**CÁMARA**

*por medio del cual se establecen condiciones y requisitos especiales para el transporte de fauna silvestre rescatada o decomisada.*

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA

CAPÍTULO I

**Disposiciones Generales**

Artículo 1°. *Objeto.* El objeto de la presente ley es erradicar el sufrimiento extremo e innecesario producido a los ejemplares de fauna silvestre rescatada o decomisada por las autoridades ambientales, en

<sup>6</sup> Estatuto Tributario.

los casos que requiera ser transportada para recibir tratamientos y rehabilitación con condiciones específicas, y con carácter de urgencia a centros especializados donde recibirán atención para garantizar su bienestar.

Los individuos de fauna silvestre no podrán ser tratados como carga a la hora de ser transportados vía área, terrestre o fluvial, en tanto son seres sintientes.

**Artículo 2°. Implementación y Reglamentación de la Ley.** El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio de Transporte conforme con sus competencias, en un plazo no mayor a tres (3) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, deberán reglamentar protocolos que contengan las condiciones mínimas de los espacios donde se transporte la fauna silvestre en términos de: área mínima requerida, dimensiones del guacal, aireación, luminosidad, humedad, temperatura, tránsito de personas, ruidos y olores.

**Artículo 3°. Condiciones sobre la atención de la fauna silvestre en el transporte aéreo.** Los operadores aerocomerciales, así como los operadores aeroportuarios deberán brindar las condiciones específicas para garantizar el bienestar de la fauna silvestre rescatada o decomisada que requiere ser transportada con urgencia a centros especializados, así como amparar el respeto a su calidad de seres sintientes, acorde con las siguientes condiciones:

1. Cada animal deberá ser transportado en su respectivo guacal o contenedor y su correspondiente salvo conducto expedido por la autoridad ambiental.
2. El envío del ejemplar de fauna silvestre deberá tener prioridad en el transporte y no estar sujeto a cupo en las aeronaves.
3. El individuo deberá ser recibido con una hora, o máximo dos de anticipación a la hora del vuelo.
4. El animal deberá ser entregado con suma urgencia en su lugar de destino.
5. El animal deberá ser entregado a la autoridad ambiental o a quien esta designe para su atención inmediata.
6. Los animales de corta edad, neonatos e infantes deberán ser transportados en la cabina de pasajeros y no en la bodega de carga, con el fin de evitar posibles cuadros de hipotermia y/o descompensación por diferencias de presión. La aerolínea debe garantizar el apropiado espacio en la aeronave.
7. No deberán ser mezclados animales domésticos con silvestres durante su transporte por vía aérea para evitar situaciones de estrés que los perjudiquen.

**Parágrafo.** La fauna silvestre a diferencia de los animales domésticos no está sujeta a procesos de

vacunación, en consecuencia, no se podrán solicitar certificados de vacunación para su transporte.

**Artículo 4° Campañas de Sensibilización.** Las autoridades ambientales en coordinación con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible adelantarán campañas de sensibilización sobre el bienestar y el cuidado de la fauna silvestre, con el propósito de advertir sobre los riesgos y las responsabilidades de la protección que le corresponde asumir a los transportadores.

**Artículo 5°. Sanciones.** Los operadores aerocomerciales, así como los operadores aeroportuarios que incumplan una o varias de las condiciones a las que se refiere el artículo 3° de la presente ley, serán sancionadas acorde con las normas ambientales vigentes, sin perjuicio de las sanciones a las que haya lugar por maltrato animal, de conformidad con la Ley 1774 de 2016 y la Ley 1333 de 2009.

**Artículo 6°. Vigencia.** La presente ley rige a partir de la fecha de su sanción y publicación en el **Diario Oficial**.

De los honorables Congressistas,



**ANGÉLICA LOZANO CORREA**  
Senadora de la República  
Partido Verde



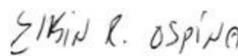
**DANIEL CARVALHO MEJÍA**  
Representante a la Cámara por Antioquia



**ANDREA PADILLA VILLARRAGA**  
Senadora de la República  
Alianza Verde



**JAIME RAÚL SALAMANCA TORRES**  
Representante a la Cámara por Boyacá  
Partido Alianza Verde



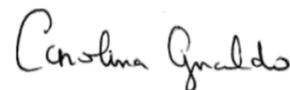
**ELKIN RODOLFO OSPINA OSPINA**  
Representante a la Cámara  
Partido Alianza Verde



**INTI RAÚL ASPRILLA REYES**  
Senador de la República  
Partido Alianza Verde



**JUAN DIEGO MUÑOZ CABRERA**  
Representante a la Cámara por el Meta  
Partido Alianza Verde



**CAROLINA GIRALDO BOTERO**  
Representante a la Cámara por Risaralda  
Partido Alianza Verde



**CATHERINE JUVINAO CLAVIJO**  
Representante a la Cámara  
Partido Alianza Verde



**JULIA MIRANDA LONDOÑO**  
Representante a la Cámara por Bogotá  
Partido Nuevo Liberalismo



**SANTIAGO OSORIO MARIN**  
Representante a la Cámara  
Coalición Alianza Verde - Pacto Histórico



**IVÁN LEONIDAS NAME VASQUEZ**  
Senador de la República  
Partido Alianza Verde



**FABIÁN DÍAZ PLATA**  
Senador de la República  
Partido Alianza Verde



**CRISTIAN DANILO AVENDAÑO FIN**  
Representante a la Cámara Santander  
Partido Alianza Verde



**MARTHA LISBETH ALFONSO JURADO**  
Representante a la Cámara Tolima  
Pacto Histórico - Alianza Verde



**ANA CAROLINA ESPITIA JEREZ**  
Senadora de la República



**JUAN SEBASTIÁN GÓMEZ GONZÁLEZ**  
Representante a la Cámara por Caldas  
Nuevo Liberalismo



**JONATHAN FERNEY PULIDO**  
Senador de la República  
Partido Alianza Verde

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### 1. IMPORTANCIA DEL PROYECTO DE LEY

En la actualidad, Colombia ocupa el segundo lugar en el mundo en número de especies de animales y plantas después de Brasil. Además, según el Sistema de Información sobre Biodiversidad –SIB– (2016), Colombia cuenta con el 10% de diversidad mundial de especies, convirtiéndose en el primer país en el mundo con mayor biodiversidad por metro cuadrado.

El tráfico ilegal de fauna silvestre es considerado como la actividad que más dinero mueve en el mundo luego del narcotráfico y el mercado negro de armas. Según datos de la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC), el comercio ilícito de fauna y flora genera entre 8 y 10 mil millones de dólares cada año. Tan solo en Colombia, de acuerdo con datos de la Policía Ambiental, anualmente en el país se trafica con más de 50 mil animales silvestres. La problemática del tráfico de fauna silvestre se vive a diario a lo largo y ancho del país. Es común ver en las carreteras del país a los traficantes locales ofrecer a los viajeros monos, perezosos o pericos con vistosos plumajes, por ello es imperiosa la necesidad de buscar mecanismos que faciliten su transporte en caso de rescate como medida tendiente a buscar la pronta reintegración a su hábitat natural.

De igual forma, es habitual que en terminales de transporte como la de Bogotá, se hagan incautaciones de fauna silvestre y sus subproductos a viajeros que vienen desde las regiones hasta la capital del país. Cabe señalar también, que para que se pueda extraer un animal de su hábitat natural, se generan graves afectaciones al ambiente. Es así como en paralelo a esta actividad se da la tala indiscriminada, la fragmentación de los bosques, el desequilibrio de los ecosistemas y la afectación a los servicios

ambientales (Instituto Distrital de Protección Animal, 2019<sup>1</sup>).

Teniendo un claro contexto del flagelo del tráfico animal en Colombia gracias a la descripción anterior, es preciso señalar también, que parte de la cadena de problemáticas y preocupaciones tanto para las autoridades ambientales como para organizaciones de protección animal que brindan soporte en la conservación y protección de especies, es justamente el momento en que estas especies de fauna silvestre son decomisadas en alguno de los operativos contra el tráfico animal, y dadas las condiciones físicas y comportamentales en las que se encuentran las especies que han sido objeto de este delito, estas deben ser transportadas de manera urgente a lugares donde sea posible su rehabilitación.

Parece una parte sencilla en medio de todo el flagelo que diariamente enfrenta nuestro país, pero no es así. Años atrás, se ha evidenciado una serie de dificultades en el transporte aéreo de fauna silvestre, teniendo como resultado la muerte de especímenes en su mayoría de corta edad y que no tuvieron la oportunidad de llegar a un centro de atención. Solo hasta el año 2018, y tras una petición de la Procuraduría General de la Nación a la Aeronáutica Civil mediante oficio 805, se puso en conocimiento la necesidad e importancia para la protección de la biodiversidad del país y de brindar apoyo en estos procesos de traslado y recuperación de fauna. Sin embargo, aunque este oficio existe desde 2018, y la Aeronáutica trasladó el comunicado a todas las aerolíneas que tienen operación en el país, la mayor parte de los funcionarios aeroportuarios la desconocen y según testimonios y denuncias de organizaciones de protección animal, aunque ha sido de mucha ayuda presentar esta comunicación, las aerolíneas se niegan a transportar animales silvestres en la parte de la cabina junto con las personas.

Por todo lo anterior, el objetivo de este proyecto es reglamentar el traslado vía aérea de animales silvestres para con ello brindar apoyo y bienestar a un componente biológico y ecosistémico fundamental para la conservación de la biodiversidad colombiana, en especial, cuando aquellas especies se encuentren en riesgo de muerte y requieran urgente traslado a diferentes sitios en todo el territorio nacional.

### 2. CONTEXTO

La afortunada posición geográfica de nuestro país, que lo dota de una diversidad de climas y ecosistemas es hogar de miles de especies, lo que le ha significado estar en el ranking mundial de países megadiversos. Estos atributos hacen de Colombia un destino soñado para cientos de miles de turistas, científicos y exploradores que se maravillan con la riqueza de estas latitudes. Sin embargo, y como sucede normalmente en países de exuberantes características geográficas y de vasta biodiversidad como Colombia, los problemas y

<sup>1</sup> Instituto Distrital de Protección Animal, 2019. Manejo de la Fauna Silvestre en Bogotá Artículo reflexivo. Junio 30 de 2019. Producto de investigación.

situaciones adversas que enfrentan las especies y sus entornos naturales ponen en riesgo su equilibrio y permanencia en los ecosistemas.

Son muchos los problemas que enfrentan estos países megadiversos entre ellos la deforestación, el extractivismo sin control con las nefastas consecuencias en materia de pasivos ambientales, y el tráfico animal. En este último el abuso de las especies pasa desde el uso de pieles, escamas, plumas, colmillos, entre otros, para el negocio de la moda, tenencia de mascotas exóticas, criaderos, uso medicinal, etc. (BLUA, 2017<sup>2</sup>).

Recientemente, la Procuraduría General de la Nación (PGN) emitió Acción Preventiva mediante Directiva 014 del 13 de abril de 2020. En ella, este ente de control insta a las autoridades ambientales, para que se construyan en forma perentoria, los Centros de Atención y Valoración de Fauna Silvestre (CAV) como figuras principales para el manejo de la fauna silvestre, así como la necesidad de establecer, mejorar y monitorear el cumplimiento de los protocolos establecidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para el personal que atiende fauna silvestre, en los centros de fauna de las CAR o aquellos entregados a la red de amigos. Exigiéndose el cumplimiento de estrictas medidas de control sanitario y zoonótico (Resolución 2064 de 2010).

La PGN destaca características de Colombia como segundo país megadiverso pues tiene en su territorio el 10% de la biodiversidad mundial, representado en diferentes especies de aves, mamíferos, reptiles, anfibios y plantas, de las cuales según la Resolución 1912 de 2017 del Ministerio de Ambiente, 377 especies de fauna y 254 especies de flora se encuentran catalogadas en alguno de los criterios de amenaza. No obstante, vemos con gran preocupación que muchas especies de fauna silvestre son incluidas en la dieta alimentaria de los humanos y otras, por diversas razones (tenencia y tráfico ilegal) se mantienen en contacto con la ciudadanía.

Previamente, este ente de control había emitido el 30 noviembre de 2012, el Boletín 1267. Esta comunicación se basó en el estudio diagnóstico que este mismo ente regulador realizó a todas las Corporaciones Autónomas denominado “Informe Manejo Post Decomiso de Fauna y Flora Silvestre”. La conclusión más importante de este informe fue que la totalidad de autoridades ambientales está incumpliendo de una u otra forma las exigencias establecidas en la reglamentación sobre las medidas posteriores a la aprehensión preventiva, restitución o decomiso de especímenes de especies silvestres de fauna y flora terrestre y acuática. Transcurrido casi una década desde entonces, la problemática continúa y no parecen mejorar las condiciones de manejo que cada una de las corporaciones tiene para con la fauna silvestre. Han sido constantes las denuncias

allegadas a la Unidad de Trabajo Legislativo de la senadora Angélica Lozano, indicando las deplorables condiciones en las que se encuentra la fauna silvestre incautada, la falta de presupuesto para su tratamiento y posterior liberación, la ausencia de personal capacitado para el manejo y rehabilitación de este tipo de especies, y finalmente, - y lo que nos ocupa en el desarrollo de este proyecto de ley-, las dificultades en el traslado vía aérea de especímenes de fauna silvestre que se encuentran en riesgo de muerte, y que debido a la negativa frecuente de operadores aéreos, no pueden ser trasladados de una ciudad a otra, en muchos casos, perdiendo la vida.

A lo largo del documento, serán descritos algunos de los casos y denuncias concretas de los que hemos sido notificados, para ofrecer al lector y al honorable Congreso de la República, casos y cifras concretas de las dificultades que hoy día tienen los entes ambientales para poder salvar las vidas de estas especies que previamente fueron extraídas a la fuerza de sus lugares originarios y que terminan injusta e infortunadamente muriendo por la ausencia de regulación a este respecto.

### 3. TRÁFICO DE FAUNA SILVESTRE EN COLOMBIA

La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres [CITES] incluye un total de 574 especies colombianas, 34 de las cuales están en el Apéndice I, 528 especies en el Apéndice II y 12 especies en el Apéndice III (CITES, 2010) (Cruz & Gómez, 2009<sup>3</sup>).

La riqueza de la vida silvestre en Colombia ha hecho irresistible esta actividad para los traficantes ilegales de animales. El comercio de animales protegidos es la tercera industria ilegal más grande de Colombia después del narcotráfico y la trata de personas (y ocupa el cuarto lugar mundial, tras el tráfico de drogas, armas y personas). Aves exóticas, monos, ranas, tortugas, pitones: animales que son buscados ya sea como mascotas, por su carne, presuntos atributos afrodisíacos o por su piel son cazados ilegalmente. Según las cifras más recientes, tan solo en 2017 los funcionarios colombianos y grupos de rescate de la vida salvaje recuperaron a más de 23.000 animales de los traficantes. Un sinfín de animales (varían los cálculos de cuántos) han sido embarcados por cielo, mar y tierra desde sus hábitats para el entretenimiento o consumo humano tanto dentro como fuera de Colombia. Los traficantes usan muchas de las mismas técnicas y rutas de escape — caminos, túneles y vías secundarias— creadas por los narcotraficantes durante la época de esplendor de Pablo Escobar (Nieves, 2019<sup>4</sup>).

<sup>2</sup> BLUA, 2017. Consultado en: <https://bluavoluntariado.org/blog/temas/conservacion-medioambiente/trafico-de-animales/>

<sup>3</sup> Cruz, D., & Gómez, J. R. (2009). Aproximación al uso y tráfico de fauna silvestre en Puerto Carreño, Vichada, Colombia

<sup>4</sup> Nieves, E. (2019). New York Times. Obtenido de <https://www.nytimes.com/es/2019/05/03/espanol/america-latina/colombia-trafico-de-animales.html>

Cifras del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible indican que en 2017 fueron incautados 23.605 animales, muchos de los cuales fueron sacados de su hábitat para ser vendidos en el exterior. Del triste conteo de las 10 especies colombianas más traficadas dentro y fuera del país figuran la tortuga hicoitea (*Trachemys callirostris*), la tortuga morrocoy (*Chelonoides carbonaria*), la iguana, el periquito bronceado (*Brotogeris jugularis*) y la lora común (*Amazona ochrocephala*). También hacen parte de la infame lista la cotorra cheja (*Pionus menstruus*), la ardilla (*Notosciurus granatensis*), el tití gris (*Saguinus leucopus*), el mico maicero (*Cebus albifrons*) y las ranas venenosas (*Dendrobatidae* spp). Solo en Bogotá, entre enero y julio de 2017 se realizaron 35 operativos de control al tráfico de fauna silvestre en los que se han recuperado 382 animales, acciones que si se suman a las que se adelantan a diario en la ciudad dan un total de 3.600 individuos rescatados. Datos oficiales dejan en evidencia que entre 2016 y 2019 han sido recuperados por las autoridades más de 10.000 especímenes en la capital; a pesar de que el tráfico de fauna silvestre es un delito ambiental en Colombia, los delincuentes hacen caso omiso a la ley (Polanco, 2019<sup>5</sup>), ello sin perder de vista que existe un subregistro en esta materia que hace aún más grave el problema, en tanto la ilegalidad no deja rastros en algunos casos.

El tráfico ilegal de especies silvestres en Colombia afecta a 234 especies de aves, 76 de mamíferos, 27 de reptiles y 9 de anfibios. En cuanto a la flora, especies con un alto valor comercial a nivel nacional e internacional, por ejemplo: el cedro y el guayacán, así como plantas ornamentales como: el cactus y las orquídeas son altamente apreciadas por coleccionistas privados, lo que aumenta la problemática de pérdida de la biodiversidad. Sin duda, una de las causas del aumento considerable del tráfico ilegal de especies en Colombia se debe a dos razones fundamentales: La primera razón a su escandalosa pobreza, y la segunda razón a su prestigiosa ubicación geográfica que lo hace uno de los países más megadiversos del planeta en cuanto a su biodiversidad. La práctica del tráfico ilegal de especies afecta directamente a la biodiversidad del país, originando desequilibrios medio ambientales y dichos desequilibrios hacen que la Madre Tierra se enferme” (Arango & Carmona, 2011<sup>6</sup>).

### 3.1 La situación de tráfico animal en las regiones y la gestión de las autoridades ambientales

Como parte de la construcción del presente proyecto de ley y con el propósito de contar con un diagnóstico claro de la situación actual en el país en

materia de tráfico animal, elevamos varias solicitudes en enero de 2021 al total de las Corporaciones Autónomas Regionales constituidas en el país, para que informaran de manera precisa detalles relacionados con el cumplimiento de la Resolución número 2064 de 2010, por la cual se reglamentan las medidas posteriores a la aprehensión preventiva, y sobre los Centros de Atención y Valoración (CAV), hogares de paso u otra figura para la disposición temporal y final de animales.

Al realizar el análisis de respuestas a las solicitudes elevadas desde el Congreso, se encontraron profundas coincidencias en cuanto a las dificultades que existen para hacer un control y seguimiento efectivo de las especies que se incautan y son recibidas dentro de los CAV. Asimismo, encontramos también como común denominador la falta de articulación institucional y la imposibilidad de contar con un sistema de registro claro, estandarizado y de fácil manejo y acceso que permita centralizar toda la información que es recabada dentro de todo el proceso de incautación, manejo y liberación de especies. A continuación, resaltamos las preocupaciones manifestadas por las Corporaciones:

- El Acta Única de Control al Tráfico de Flora y Fauna Silvestre (AUCTIFFS) debe ser modificada en muchos apartados y a la fecha no se ha logrado este proceso. Mejorar la información, establecer nuevas casillas, organizar la cadena de custodia.
- El MADS no ha podido establecer el Portal de Información sobre Fauna Silvestre (PIFS) a la fecha y la información no se registra en un portal único.
- Falta de presupuesto, indicando que en algunos casos solo se llevan a cabo un par de pruebas clínicas a discreción del veterinario, así como dificultades en tareas de seguimiento después de las liberaciones debido a la necesidad del desplazamiento de personal hacia los sitios en el tiempo que corresponde.
- Las mayores dificultades se dan en la disposición final de las especies al no haber articulación con otras instituciones.
- Ausencia a nivel nacional de centros de rehabilitación de fauna silvestre especializados en las especies más comunes en el tráfico ilegal ubicados en sus regiones de origen tales como loros, guacamayos, tortugas y primates.
- Apoyo por parte del orden nacional para la creación de plataformas de fácil consulta, gratuitas y de orden nacional que registre y consulte experiencias de manejo en fauna silvestre.
- Mayor facilidad para empalmes interinstitucionales, de manera que se faciliten los destinos finales de los animales en los casos especialmente de animales cuya distribución geográfica no corresponde a los departamentos donde se incauta.

<sup>5</sup> Polanco, C. (2019). El Colombiano. Obtenido de <https://www.elcolombiano.com/colombia/colombia-victima-de-las-millonarias-garras-del-trafico-ilegal-de-animales-LH11439543>

<sup>6</sup> Arango, S. E., & Carmona, J. E. (2011). Reflexiones bioéticas acerca del tráfico ilegal de especies en Colombia. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v11n2/v11n2a11.pdf>

- Dificultad de acceso a todas las localidades y puntos de tránsito de especies, debido a la configuración ecosistémica y geografía compleja, así como limitaciones de capacidad operativa del equipo humano.
- Existen limitaciones importantes de información disponible para la toma de decisiones de disposición final con completa certeza de no daño o mínimo daño – riesgo para los especímenes y el sistema ecológico. Información de las poblaciones receptoras, por ejemplo, en la Amazonia colombiana es insuficiente.
- Algunas figuras para la disposición definitiva de fauna son casi imposibles de activar dado el rigor que se exige para su

aplicación, ejemplo: la red de amigos de la fauna no es claro a quiénes pertenecen y las reubicaciones son bajas debido a que hay pocos cupos en los zoológicos.

En la siguiente tabla, se presenta un resumen de las estadísticas más representativas respecto a los siguientes parámetros: fauna recuperada durante el 2019, tipo de procedimiento realizado para su recuperación, clase taxonómica. Los resultados presentados corresponden a 18 de las 33 Corporaciones que existen actualmente en el país. Las restantes no allegaron respuesta o no respondieron a los cuestionamientos esbozados dentro del derecho de petición congressional enviado el 27 de enero de 2021 a las 33 CAR del país.

| CAR                         | CAM | CAR | CDA | Cornare | Corpoamazonia | Corpoboyaca | Corpomojana | Cortolima | CRQ | CSB | Cardique | Carder | CorAntioquia | Cormacarena | Corpocaldas | Corpocesar | CRA   | CRC   |
|-----------------------------|-----|-----|-----|---------|---------------|-------------|-------------|-----------|-----|-----|----------|--------|--------------|-------------|-------------|------------|-------|-------|
| Entrega Voluntaria          | 93  | NR  | 76  | 96.46   | 52            | 63.9        | 16          | 8.2       | 6   | -   | 66       | 65.7   | 98           | 34.70       | 96.83       | 48.08      | NR    | 88.83 |
| Decomiso                    | 7   | NR  | 1   | -       | 4             | 7.7         | -           | -         | -   | 21  | 34       | -      | -            | 2.73        | -           | -          | NR    | -     |
| Incautación                 | -   | NR  | 22  | 1.38    | 1             | -           | 84          | 91.4      | -   | -   | -        | 34     | 2            | -           | 2.46        | 19         | NR    | 11.67 |
| Rescate                     | -   | NR  | 1   | 1.96    | 35            | 23.2        | -           | -         | 94  | -   | -        | -      | -            | 59.29       | 0.64        | 14         | NR    | -     |
| Remisión                    | -   | NR  | -   | 0.20    | -             | -           | -           | -         | -   | -   | -        | -      | -            | -           | -           | -          | NR    | -     |
| Reintegro Tenedores         | -   | -   | -   | -       | -             | 5           | -           | -         | -   | -   | -        | -      | -            | -           | -           | -          | NR    | -     |
| Restitución                 | -   | -   | -   | -       | -             | -           | -           | -         | -   | 79  | -        | -      | -            | -           | -           | -          | NR    | -     |
| Otros                       | -   | NR  | -   | -       | 8             | 0.3         | -           | 0.4       | -   | -   | -        | 0.3    | -            | 3.28        | 0.06        | 18.02      | NR    | -     |
| <b>Clase taxonómica (%)</b> |     |     |     |         |               |             |             |           |     |     |          |        |              |             |             |            |       |       |
| Reptiles                    | 33  | 35  | 45  | 22      | 34.10         | 24.8        | 68          | 12        | 21  | 76  | 49       | 11.24  | 36.59        | 34.15       | 21.45       | 28.58      | 11.24 | 25.83 |
| Mamíferos                   | 31  | 11  | 34  | 24      | 30.36         | 21.5        | -           | 6         | 21  | 7   | 12       | 12.08  | 17.74        | 24.86       | 29.48       | 24         | 16.85 | 33.33 |
| Aves                        | 36  | 54  | 21  | 54      | 35.11         | 53.3        | 20          | 83        | 58  | 17  | 39       | 75.28  | 45.45        | 40.98       | 47.95       | 47.34      | 71.91 | 40.83 |
| Anfibios                    | -   | -   | -   | -       | 0.29          | -           | -           | -         | -   | -   | -        | -      | 0.22         | -           | -           | -          | -     | -     |
| Peces                       | -   | -   | -   | -       | 0.14          | -           | -           | -         | -   | -   | -        | 1.12   | -            | -           | -           | -          | -     | -     |
| Primates                    | -   | -   | -   | -       | -             | -           | 4           | -         | -   | -   | -        | -      | -            | -           | -           | -          | -     | -     |
| Roedor                      | -   | -   | -   | -       | -             | -           | 8           | -         | -   | -   | -        | -      | -            | -           | -           | -          | -     | -     |
| Otros                       | -   | -   | -   | -       | -             | 0.3         | -           | -         | -   | -   | -        | 0.28   | -            | -           | 1.11        | 0.08       | -     | -     |

Tabla 1. Animales incautados año 2019

(NR): No reporta. La Corporación no entregó la información que le fue solicitada. (-): No La información enviada no contiene este tipo de reporte.

La Tabla 1 permite observar que en 11 de las 18 Corporaciones Autónomas que dieron respuesta a la petición elevada desde el Congreso de la República, es la “Entrega Voluntaria” el tipo de procedimiento más común en la recuperación de fauna silvestre. Cornare, Corpocaldas, y la CAM muestran recuperaciones de este tipo por encima del 90%. En cuanto a incautaciones y decomisos son las Corporaciones Corpomojana, Cortolima las que mayores porcentajes reportan, mientras que los rescates fueron reportados en porcentajes significativos por CRQ y Cormacarena.

Por su parte, el reporte de las clases taxonómicas refleja que son las aves el tipo de fauna más incautada por las Corporaciones Autónomas, con los mayores porcentajes en 14 de las 18 corporaciones que reportaron. Solo la CDA, Corpomojana, la CSB y Cardique, reportaron un mayor porcentaje de recuperación de reptiles. En cuanto a mamíferos, la CRC, la CDA y Corpoamazonia reportaron recuperaciones de este tipo por encima del 30%.

Finalmente, este reporte de clases taxonómicas dejó ver que hay otros tipos de fauna incautada en menor proporción en algunas corporaciones, entre las que se listaron peces, anfibios, roedores y primates.

De la información solicitada a las corporaciones autónomas regionales, en general se encontró que las sanciones impuestas con ocasión de la práctica de tráfico ilegal son en su mayoría decomisos definitivos, multas y trabajo comunitario. Asimismo, del total de respuestas recibidas por parte de las CAR, se reportan cifras con un total de 2.069 procesos sancionatorios realizados entre 2015 y 2019, de los cuales 1.134 derivaron en imposición de sanciones. Llama la atención las altas cifras de Cortolima y Carder, con un gran número de procesos abiertos y sancionados. Esta situación puede obedecer a las grandes brechas que existen entre corporaciones, especialmente las relacionadas con mayores presupuestos y mayor número de personal disponible para esta labor.

#### 4. DIFICULTADES EN EL TRANSPORTE Y TRASLADO DE FAUNA SILVESTRE AL INTERIOR DEL PAÍS

De acuerdo con información recopilada de testimonios de exfuncionarios de diferentes Corporaciones Autónomas e informes sobre las recepciones de fauna silvestre de las entidades ambientales, el transporte de fauna silvestre que ha sido incautada o entregada voluntariamente por ciudadanos se ha vuelto un problema tan álgido como la misma cadena de tráfico animal. La razón es la imposibilidad -en la mayoría de los casos-, de trasladar a especímenes de fauna silvestre vía aérea. A la fecha, este procedimiento no está regulado en Colombia y tanto las Corporaciones Autónomas como las organizaciones de protección animal que muchas veces prestan sus servicios para la recuperación de estas especies, se han visto envueltas en muchas dificultades al no poder transportar a estos especímenes, por lo cual, en su mayoría, terminan muriendo al no poder ser trasladados a centros atención especializados para poder ser rehabilitados.

Aseguran los testimonios de exfuncionarios y conocedores de fauna silvestre en el país que allegaron sus denuncias al Congreso, que en aerolíneas como Avianca y Latam, en la mayoría de los casos no se permite el transporte de animales silvestres, y otras veces, el transporte de estas especies está sujeto a la buena voluntad de los funcionarios, sujeto al cupo en partes del avión donde se cargan las maletas y donde no hay control ni de temperatura ni de presión.

Otras de las denuncias frecuentes que fueron allegadas al Congreso por parte de exfuncionarios públicos y de organizaciones sin ánimo de lucro se resumen a continuación:

- Diariamente en los CAV y CAVR se reciben cientos de animales silvestres como producto de tráfico ilegal, atropellamientos y electrocuciones, ataques por hombre - machetazos y golpes, otros tipos de accidentes, animales abandonados, entre otros.
- Gran parte de animales recibidos son de corta edad, salvo los decomisados o entregados voluntariamente después de largos tiempos de estar en un cautiverio poco apropiado. Estos llegan a ser atendidos en los centros de recepción y atención de animales silvestres, bien sea CAV o CAVR donde después de la primera atención y estabilización del animal, requieren de atención especializada y mucha dedicación para resolver sus problemas de salud y respectiva rehabilitación.
- Los animales traficados de diferentes partes del país, una vez recuperados/rehabilitados deben ser devueltos a su hábitat y por tanto necesitan ser transportados.

Para poder ejercer de manera más eficiente estas actividades, es importante contar con una atención aeroportuaria donde los funcionarios a todo nivel

entiendan la importancia de este patrimonio de la nación (fauna silvestre) y le garanticen herramientas de transporte rápidas y, sobre todo, considerando su estado de salud, edad y que son seres sintientes no cosas.

Ahora bien, ante esta situación, la Procuraduría General de la Nación (PGN) en cumplimiento del Decreto ley 262 de 2000 y la Resolución número 017 del 4 de marzo del 2000, ha venido realizando control preventivo a todas las autoridades del país en el cumplimiento de la normativa vigente sobre manejo de fauna pos-decomiso y movilización de especímenes hacia Centros de Atención y Valoración de Fauna u Hogares de paso.

En el oficio 805 del 8 de junio de 2018, la PGN realizó requerimiento a la Aeronáutica Civil, en el sentido de señalar condiciones para el transporte aéreo de ejemplares de fauna silvestre rescatada o decomisada por autoridades ambientales que requieren de atención inmediata en centros especializados de fauna. La Procuraduría, dentro del mencionado oficio, fue enfática en describir que la atención en fauna silvestre involucra múltiples actores de carácter público y privado, y que el éxito de los programas de atención y rehabilitación dependen de una adecuada articulación entre los actores que conforman la red de tratamiento de la fauna silvestre. Por esta razón -asegura la PGN-, muchos ejemplares de fauna silvestre rescatada o decomisada necesitan de tratamientos y condiciones de rehabilitación específicos y requieren ser transportados con urgencia a centros especializados para atenderlos apropiadamente y brindarles condiciones específicas para garantizar su bienestar, su rehabilitación y posterior liberación en sus ambientes naturales.

Luego de la clara exposición de la problemática identificada por la PGN en el oficio 805 de 2018, esta entidad solicitó a la Aeronáutica Civil el apoyo en los procesos de transporte aéreo de fauna silvestre, consistente en:

- Cada animal se transporta en el respectivo guacal y con su respectivo salvoconducto expedido por la autoridad ambiental.
- El ejemplar de fauna silvestre debe tener prioridad en el envío y no ser sujeto de cupo en los aviones.
- Debe ser recibido con una hora, o máximo dos de anticipación de la hora del vuelo.
- Entregarlos con la mayor urgencia al llegar a su destinatario.
- Los animales de corta edad, neonatos o infantes, deben ser transportados en la cabina preferiblemente y no en la bodega para evitar hipotermia y descompensación por presión del aire en la bodega.

Finalmente, la PGN menciona que, si bien algunas aerolíneas han sido amables con el transporte de fauna silvestre, otras no prestan este tipo de servicios y por tanto reiteran el apoyo en este

asunto a la Aeronáutica para agilizar los procesos que permiten mejorar la atención a la fauna.

La anterior petición, fue resuelta mediante la circular informativa de la Aeronáutica Civil del 16 de julio de 2018, documento del cual se puede destacar el compromiso de la Aeronáutica en dar alcance al requerimiento remitido por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales, en el sentido de que ejemplares de fauna silvestre rescatada o decomisada por las autoridades ambientales en el caso de requerir tratamientos y atención especializada, sean transportados con urgencia a los centros de atención. Menciona la Aeronáutica en el citado documento, que es menester que los operadores aerocomerciales, así como los operadores aeroportuarios, especialmente, y sin excepción apoyen esta importante labor.

La fauna silvestre no es equiparable a los animales domésticos y solamente convergen en que son seres sintientes, por ende, es fundamental socializar temas puntuales referentes a este tipo de fauna dado que, a diferencia de los animales domésticos, estos no requieren esquemas de vacunación, y, por lo tanto, es determinante que los operadores aéreos no igualen las características de los animales sin tener expertos en la materia.

Ahora bien, otra de las problemáticas identificadas en asocio con la dificultad que existe en el país en el transporte aéreo de fauna, es el caso ocurrido durante el año 2018, que involucró la muerte de un perezoso el cual fue trasladado de Cartagena a Medellín para rehabilitación en un Centro de Atención y Valoración de Fauna Silvestre. Este caso fue descrito dentro del informe técnico 049 de 2018 elaborado por la PGN.

El citado documento inicia con la descripción del evento ocurrido durante el mes de abril de 2018. La Fundación AIUNAU informa a la Procuraduría Ambiental, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique - CARDIQUE y a la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia - CORANTIOQUIA, que un ciudadano en la ciudad de Cartagena tenía bajo su cuidado un neonato de perezoso y se comunicó con la Fundación AIUNAU, para que fuera rehabilitado. CARDIQUE, que era la entidad que debía hacerse cargo del neonato, pese a tener la voluntad de apoyar el traslado del ejemplar de tres dedos, no podían expedirle el salvoconducto porque no se había terminado de implementar la plataforma VITAL. Tras una serie de demoras y de inconvenientes administrativos para la expedición del salvoconducto que permitiera el traslado del perezoso a un centro de rehabilitación donde le pudieran prestar la asistencia necesaria, pues se advirtió que está en peligro su vida, el 2 de mayo de 2018 a las 9:31 a. m., la Fundación AIUNAU informó que el perezoso murió y que CARDIQUE no expidió el Salvoconducto solicitado, por lo cual solicitó abrir investigación.

La PGN, menciona además dentro del informe técnico 049, que:

*“es claro entonces que, tanto la Ley 1333 de 2009 como la Resolución 2064 de 2010 del Ministerio de Ambiente, impusieron la obligación legal para todas las autoridades ambientales del país de “establecimiento, funcionamiento y administración” de Centros de atención y valoración de fauna, en los cuales deben disponer en primer término los especímenes. Adicionalmente, les obliga imperativamente a no permitir que los particulares posean especímenes de fauna, tanto por el riesgo que corren los humanos, como por los riesgos de las especies mismas y a aplicar el decomiso preventivo, e iniciar proceso sancionatorio respectivo, salvo que el particular haya efectuado la entrega voluntaria a la autoridad ambiental, en cuyo caso se diligencia el Acta Única de Control al Tráfico de fauna y Flora Silvestre (AUCTIFFS) dejando expresa constancia del hecho.”*

Finalmente, este ente regulador indicó -frente al argumento entregado por Cardique de la no emisión del salvoconducto porque aún no se encontraba habilitada la plataforma VITAL-, que la Resolución número 1909 de 2017 otorgó un plazo de cuatro meses para que las Autoridades Ambientales implementaran el uso de la plataforma VITAL. La resolución fue publicada en el **Diario Oficial** el 19 de septiembre de 2017, por tanto, los cuatro meses de transición vencieron el 19 de enero de 2018. Sin embargo, en consideración a la solicitud de ampliación del plazo para la implementación del SUNL, recibida por el 57% de las autoridades ambientales del país, el Ministerio de Ambiente expide la Resolución 0081 de 2018 de 19 de enero de 2017.

La Resolución número 0081 de 2018, amplió por tres meses los plazos dados en la Resolución 1909 del 14 de septiembre de 2017. Por tanto, CARDIQUE, como todas las demás Autoridades Ambientales Regionales, tuvo siete (7) meses durante los cuales podían continuar expidiendo los Salvoconductos Únicos Nacionales para la movilización de especímenes de la diversidad biológica (SUN), de conformidad con las Resoluciones 438 de 2001 y 619 de 2002.

Finalmente, la PGN concluyó dentro del informe técnico 049 de 2018, entre otras cosas, que el perezoso murió porque Cardique, además de no construir el centro de manejo de fauna, de no tener convenio vigente para manejo de fauna con otra autoridad ambiental, tampoco implementó el Salvoconducto Único Nacional en Línea y ante esta omisión que afectaba la vida del perezoso, no se adelantó ninguna gestión ni para rescatarlo, ni para atenderlo, ni para permitir que el tenedor lo llevara a un CAVR, como era la Fundación AIUNAU o cualquier otra que le hubiese brindado atención. Se enuncia la reseñada fundación, debido a que en Colombia son pocas las que acreditan el manejo de esta especialidad de especies y que han recibido reconocimiento internacional, situación que en lugar de castigarse debería aprovecharse en torno a una articulación en pro del bienestar de este tipo de fauna. Toda esta

situación, terminó – dice la PGN en que – “(...) fue vinculado disciplinariamente al Director de esa Autoridad Ambiental, el señor OLAFF PUELLO CASTILLO, como responsable de la implementación del Centro de manejo Posdecomiso en Cardique”.

Otro de los casos de falta de gestión de las Corporaciones Autónomas es el correspondiente a un ejemplar de Tamandúa mexicana u hormiguero melero, el cual presuntamente fue atacado por perros y luego haber sufrido de un fuerte ataque con machete en la cabeza el 18 de abril de 2021. El caso fue reportado el 3 de mayo de 2021 a Corantioquia, sin embargo, el espécimen no fue evaluado de forma correcta y pese a la gravedad de sus heridas, fue liberado poco después de haber sido rescatado, exactamente el 24 de abril de 2021.

Toda la situación descrita anteriormente, es un claro ejemplo de cómo los procesos administrativos al interior de las autoridades ambientales y la falta de claridad de los procedimientos y protocolos dados por la Resolución 2064, ponen en riesgo la vida de la fauna silvestre. Casos como estos, son reportados por ciudadanos en varias regiones de forma constante, y dadas las dificultades tanto en la emisión de salvoconductos como en el transporte de estos, terminan en la muerte de estas especies tan importantes para la conservación de la riqueza biológica y ambiental del territorio colombiano. Finalmente, otro caso que tuvo una amplia resonancia fue el de Julieta, el manatí que murió poco después de ser liberada por Corpomag en la Ciénaga Grande de Santa Marta al ser presuntamente atacada según reportan medios de prensa por un grupo de pescadores en el sector de Tasajera, según reportan medios de prensa.

#### 4.1 Negativa de los operadores aéreos en el transporte de fauna

Menciona la Aeronáutica Civil en comunicado 1061.087-2021026173 del 5 de agosto de 2021, que frente a negarse a transportar fauna silvestre o a cualquier otro animal por parte del transportador aéreo, no existe una disposición específica. Sin embargo, sí existe en el régimen sancionatorio contenido en el RAC 13 de los reglamentos aeronáuticos una sanción genérica para el transportador aéreo que se niegue a prestar el servicio sin justificación. De lo mencionado por la Aeronáutica en la citada comunicación a este respecto, se destaca lo siguiente:

*“(...) En efecto, la sección 13.555 del RAC 13 -Régimen Sancionatorio- establece que: “Serán sancionados con multa equivalente a mil ochocientos cuarenta y nueve (1.849) U.V.T.*

*(a) La empresa de servicios aéreos comerciales de transporte público que, por fuera de los casos previstos de otro modo, sin justa causa, se niegue a transportar personas o carga, se reúse a venderle tiquete a alguna persona, o que de alguna manera se niegue a prestar el servicio público al cual se obliga conforme al permiso de operación concedido”. (Subrayado no es del texto)*

*De conformidad con la norma transcrita, sería posible sancionar a un transportador aéreo que se niegue a transportar cualquier animal independientemente de que pertenezca a la fauna silvestre o no, sin una justificación; en el entendido, desde luego que se den las condiciones necesarias para su transporte seguro, según lo previsto en los reglamentos y aun así se reúse a prestar el servicio.”*

#### 4.2 Investigaciones administrativas por transporte de fauna doméstica

La Superintendencia de Transporte en comunicación No. Radicado No.: 20211000549351 con fecha del 3 agosto de 2021, indicó que el pasado mes de marzo de 2021 se anunció la apertura de tres investigaciones administrativas relacionadas con el transporte de mascotas, por infracciones al régimen de protección al consumidor (no por maltrato animal pues no es la entidad competente - asegura-), las cuales son:

- “(...) i. En la ruta Puerto Asís – Cali falleció el perro de nombre “Homero”. La entidad abrió investigación administrativa en contra de las sociedades Easyfly S. A., Bestravel Service Ltda., y una persona natural; los cargos formulados contra la aerolínea están relacionados por el presunto incumplimiento del artículo 6° de la Ley 1480 de 2011 (calidad e idoneidad) y del numeral 3.10.3.4 de los RAC (deber de recibir, conducir y entregar en el mismo estado en que la recibió), y a la agencia de viajes y persona natural, por el presunto incumplimiento del numeral 3.10.1.1 de los RAC (información del servicio ofrecido). Esta investigación se encuentra en etapa probatoria.*
- ii. La mascota de nombre “Paris”, era transportada por vía terrestre y que falleció al momento de llegar a su destino en Cali. Investigación administrativa en contra de la sociedad Aerocafeteros Cargo, frente a la cual se le formularon cargos por el presunto incumplimiento del artículo 6° de la Ley 1480 de 2011 (calidad e idoneidad) y del artículo 23 de la Ley 180 de 2011 (información del servicio ofrecido). Esta investigación se encuentra para fallo.*
- iii. Un hecho relacionado con dos perros transportados por vía terrestre, presuntamente en costales, desde Pereira hasta Ibagué. Investigación administrativa en contra de la sociedad Velotax Ltda., se le formularon cargos por el presunto incumplimiento del artículo 6° de la Ley 1480 de 2011, relacionado con la calidad en la prestación del servicio. Esta investigación se encuentra para fallo”.*

A lo anterior, la Superintendencia afirma que dichos cargos imputados a las referidas empresas tienen que ver con sus obligaciones de proveer información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre el

servicio ofrecido a los usuarios, conforme lo señala el artículo 23 del Estatuto del Consumidor – Ley 1480 de 2011.

#### 4.3 Manejo posdecomiso de fauna silvestre

El 30 noviembre de 2012, la Procuraduría General de la Nación evaluó en el informe sobre el cumplimiento de la Estrategia Nacional 2002 “Prevención y Control del Tráfico Ilegal de Especies Silvestres” por parte de las autoridades ambientales indicando que: “La totalidad de autoridades ambientales está incumpliendo de una u otra forma las exigencias establecidas en la reglamentación sobre las medidas posteriores a la aprehensión preventiva, restitución o decomiso de especímenes de especies silvestres de fauna y flora terrestre y acuática”. Entre las conclusiones derivadas del citado informe se destacan:

- Algunas autoridades ambientales, además de no haber realizado inventarios de fauna y flora silvestre en su jurisdicción, tampoco han realizado estudios de revisión de las especies en grado de amenaza listadas en los libros rojos; por lo tanto, no se han elaborado trabajos para el manejo o conservación de las especies de fauna y flora amenazadas o en peligro de estarlo.
- Las especies de fauna amenazadas son 360 contra un número ínfimo de especies estudiadas, manejadas, protegidas y conservadas. Lo mismo ocurre con las especies de flora, que de las 670 amenazadas, solo 46 han sido propuestas para su manejo y conservación.
- Los Centros de Atención y Valoración (CAV) de siete corporaciones autónomas regionales se encuentran en áreas protegidas, propensas a inundación, deslizamiento o cercanos a explotaciones agropecuarias, avícolas o porcícolas; considerándose necesaria su reubicación por los factores de riesgo sanitario y zoonótico que esto implica.
- Se evidenció que muy pocas manejan “registro de tenedores” y la mayoría de ellos son los mismos infractores. Se constató además que los animales entregados no fueron marcados e inventariados por parte de las corporaciones y que no se hace seguimiento a los tenedores o custodios, ni se les formulan recomendaciones técnicas.
- La Procuraduría requirió al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para que reajuste los requerimientos mínimos para los CAV y hogares de paso, así como los formatos de registro que contengan la codificación del Código Único Nacional de Ingreso y el acta única para el control al tráfico ilegal de flora y fauna.
- Con respecto al Registro Único de Infractores Ambientales (RUIA) y el Portal de Información sobre Fauna Silvestre (PIFS), el 32 y 89% de las autoridades ambientales

respectivamente, han dejado de alimentar tales portales, bien, por falta de gestión ante el Ministerio o por falta de diligencia del Ministerio de Ambiente para entregar a tiempo la numeración de las diferentes actas y códigos de control.

- Solo el 28% de las autoridades ambientales cuenta con presupuesto para la adquisición de elementos para marcaje y seguimiento.
- Solo el 46% cuenta con Presupuesto para el manejo de la fauna y flora y administración del hogar de paso y/o CAV.
- Solo el 41% cuenta con presupuesto para el proceso de reubicación de fauna fuera del CAV.
- Solo 38% cuenta con presupuesto para mantenimiento de las diferentes áreas y rutas de acceso.
- Solo el 35% cuenta con presupuesto para la realización de análisis clínico.

Respecto al Boletín 1267 de 2012, es preciso aclarar que el mismo fue expedido por la Procuraduría General de la Nación con fundamento en los resultados obtenidos con el informe Manejo Post Decomiso de Fauna y Flora Silvestre de 2011 y que si bien data de varios años los problemas parecen continuar acorde con información suministrada por las mismas autoridades ambientales, puesto que se evidencia un déficit para lograr una atención eficiente de la fauna, sumado a las alarmantes cifras de pérdida de biodiversidad.

#### 4.4 Reglamentación aeronáutica para fauna silvestre

De acuerdo con la información suministrada por la Aeronáutica Civil mediante comunicación 1061.087-2021026173 del 5 de agosto de 2021, frente a la pregunta de la existencia de normativa específica vigente que regule el transporte de fauna silvestre en el territorio nacional, la entidad responde lo siguiente:

*(...) En la normativa aeronáutica colombiana no existen disposiciones específicamente direccionadas al transporte aéreo de fauna silvestre rescatada o decomisada, que requiere ser trasladada a diferentes zonas del país. Existen sí, disposiciones genéricamente aplicables al transporte de animales por vía aérea, independientemente de que se trate o no de fauna silvestre. Dichas disposiciones están contenidas en el numeral 3.10.3.11 de la Norma RAC 3*

*•Actividades Aéreas Civiles de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia.*

*En relación con la fauna silvestre, se indica que la reglamentación aeronáutica, sin referirse expresamente a ella, prohíbe el transporte ya sea en cabina de pasajeros o en bodega de carga o equipaje, de animales que sean de especies protegidas, en vías de extinción y/o cuyo transporte o tenencia esté prohibido, condiciones estas que, muy probablemente podrían presentarse respecto de*

los animales constitutivos de fauna silvestre. Estos animales, según dicha reglamentación, solamente pueden ser transportados, cuando dicho transporte sea solicitado o autorizado por una autoridad competente sobre la materia. (Ver. Numeral 3.10.3.11, literal (a) (24)).

Cabe agregar, que, si se tratase de animales infectados, estos según la norma RAC 170 “Transporte sin riesgos de mercancías peligrosas por vía aérea” son considerados mercancía peligrosa y en tales condiciones su transporte por vía aérea estaría prohibido, salvo una dispensa.

En cuanto al tipo de normas, las que han sido citadas forman parte de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC), adoptados mediante resoluciones de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 1782 del Código de Comercio, el artículo 47 de la Ley 105 de 1993, el artículo 68 de la Ley 336 de 1996 y los artículos 5° y 9° del Decreto 260 de 2004, modificado por el Decreto 823 de 2017.

El objeto de tales disposiciones es el de facilitar el transporte de ciertos animales por vía aérea pero evitando en la cabina de pasajeros la presencia de aquellos que puedan ser agresivos o peligrosos, tales como serpientes venenosas, grandes felinos o en general cualquier animal que potencialmente pueda agredir y/o causar lesiones o la muerte a pasajeros o tripulantes, o que perturben la tranquilidad durante el vuelo, así como también evitar que obstruyan una eventual evacuación de emergencia o el rápido acceso a los equipos requeridos para atenderla. (extintores de incendio, botes salvavidas, botiquín de primeros auxilios, etc....)

Así mismo, se busca evitar que dichos animales causen daños a la aeronave o sus equipos, como es el caso de los roedores, que en evento de escapar resulta prácticamente imposible encontrarlos, pero sí pueden roer cables u otros materiales, inutilizando equipos de la aeronave esenciales para el vuelo seguro; y en general evitar que su transporte constituya un riesgo para la seguridad operacional, afectaciones a la salubridad, o incomodidades para los ocupantes de las aeronaves.” (Subrayado fuera de texto original).

Llama la atención que en general las normativas existentes para el transporte de fauna parecieran no incorporar el concepto referente a los animales como seres sintientes. La Ley 1774 de 2016 modificó el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, en el sentido de señalar a los animales como seres sintientes no como cosas, quienes recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por los humanos. Afirmar que las condiciones de ‘cosas’ y ‘ser sintiente’ son compatibles, es llevar la cuestión al absurdo. Decir que hay cosas que sienten es pretender validar una suerte de híbrido o de condición fronteriza que contradice el sentido común y toda evidencia. “No

parece razonable abogar por el trato respetuoso a una ‘cosa’ o derivar de la cosidad de algo la existencia de intereses”<sup>7</sup>.

En efecto, “la clasificación legal de los animales como ‘seres sintientes’ es la más fundamentada, autónoma, garantista y consistente de cara al mandato constitucional de protección a los animales que va tomando forma en el derecho cambiante. Negarles esta categoría y, en cambio, reafirmarlos en la de ‘cosas’, debilitaría profundamente, en su cimiento, la protección debida a los animales y, probablemente, la reduciría a los alcances de la racionalidad ambiental y humanitarista que, pese a su carácter innovador en el derecho, priorizan una mirada instrumental sobre los animales. Además, mantenerlos en el ámbito de los ‘bienes’ sería retroceder nuevamente a un derecho antropocéntrico, especista y cerrado a establecer un nuevo pacto social para expandir su campo de consideración moral a otros individuos, de conformidad con nuevas sensibilidades y visiones sobre la subjetividad”<sup>8</sup>.

“Por su parte, la Ley 84 de 1989, por la cual se promulgó el Estatuto Nacional de Protección Animal, se limitó a prescribir que “...La expresión “animal” utilizada genéricamente en este Estatuto, comprende los silvestres, bravíos o salvajes, y los domésticos o domesticados, cualquiera sea el medio donde se encuentren o vivan en libertad o en cautividad.”, sin efectuar ninguna definición respecto de aquellos, al punto que la ley remite al libro segundo, Título IV del Código Civil y al Código Nacional de Recursos Naturales y sus decretos reglamentarios. Esta disposición objeta la relación abusiva o cruel del hombre con la naturaleza y llama la atención de todos a partir del siguiente epígrafe: “los animales tendrán en todo el territorio nacional especial protección contra el sufrimiento y el dolor, causados directa o indirectamente por el hombre” (art. 1°); enseguida, dentro de sus objetivos, la misma insiste en rechazar el dolor y sufrimiento animal, plantea la promoción de su salud, bienestar, respeto y cuidado, y propone desarrollar medidas efectivas para la preservación de la fauna silvestre. Como tal, la ley impone un conjunto de obligaciones específicas para lograr su cometido, todas ellas enmarcadas en el compromiso de evitar causar daño o lesión a cualquier especie (art. 4°), y enlista el conjunto de actos que considera perjudiciales y crueles aplicables, en su gran mayoría, a las maniobras de cacería reguladas por el CRNR y su decreto reglamentario”<sup>9</sup>.

Con la Constitución Política de 1991 se expide la Ley 99 de 1993 en la cual se incluye la protección de la biodiversidad dentro de sus principios generales (art. 1° núm. 2), y se “define cada uno de los ingredientes del Sistema Nacional Ambiental y,

<sup>7</sup> Andrea Padilla Villarraga (2018). Los animales al derecho. Nuevas concepciones jurídicas sobre los animales en América Latina: de la cosa al ser sintiente. Universidad de los Andes, tesis de doctorado. Bogotá, diciembre 3 de 2018. Pág. 134.

<sup>8</sup> Op. Cit. Pág. 135.

<sup>9</sup> Sentencia C-439-2011.

entre otros, articula y sistematiza en un solo cuerpo normativo el conjunto de castigos vigentes en la actualidad, aplicables a las infracciones de las “normas de protección ambiental”, por parte del Ministerio del Medio Ambiente o las Corporaciones Autónomas Regionales (arts. 83 y 84). De estos -la Sala destaca- se cuenta como sanción y medida preventiva el decomiso definitivo o preventivo “de individuos o especímenes de fauna y flora o de productos e implementos utilizados para cometer la infracción” (art. 85, núm. 1, lit “e” y núm. 2, lit. “b”).<sup>10</sup>

Por otro lado, en la Decisión 391 de 1996 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se formularon disposiciones para la protección de los recursos genéticos, haciendo énfasis en la conservación de la diversidad biológica (art. 2º lit. “c”) y estableciendo condiciones mínimas para permitir el acceso a los mismos.

“Finalmente, la Ley 611 de 2000 por la cual se introdujo la modificación de algunas de las disposiciones del CRNR y, el Decreto 1608 de 1978 y la Ley 84 de 1989 por el cual se planteó el aprovechamiento comercial de las especies silvestres, regularon la práctica de zocriaderos (arts. 9 ss.), los cuales se convierten en el medio legítimo a través del cual las personas pueden aprovechar y acceder sosteniblemente a la diversidad faunística, siempre bajo la dirección y autorización de las autoridades ambientales”. La jurisprudencia a su vez se dirige a superar el concepto privatista de “bien” otorgado a los animales para definirlos como “*criaturas esencialmente sintientes, capaces de experimentar dolor, manifestar emociones ... e incluso desarrollar patrones sociales, que se alejan de ser objetos materiales de los derechos del hombre*”.<sup>11</sup>

## 5. ANIMALES COMO SERES SINTIENTES

Sentencias emitidas durante los últimos quince años por jueces de al menos diez países de la región latinoamericana y leyes de protección y bienestar animal sancionadas y reformadas en quince de ellos durante las dos últimas décadas, sugieren el comienzo de una transformación del derecho con respecto a la consideración oral de los animales y su tratamiento jurídico (Padilla, A., 2018<sup>12</sup>).

Toda esta transformación que, a la luz de cambios sociales y culturales y una íntima interacción del animal humano con la naturaleza, ha desarrollado nuevas teorías acerca de diversas formas de ver y tratar a los animales. Tales cambios provienen principalmente de nuevas representaciones acerca de qué (o quién) es un animal. Una abundante literatura científica (Bekoff, 2000; Frans de Wall, 2016; Griffin, 2001; Petrus y Wild, 2013; Safina, 2017; Wynne, 2001, etc. (citado en Padilla, A., 2018<sup>13</sup>)) viene demostrando la existencia de diversas

y complejas capacidades cognitivas, sociales, comunicacionales, morales y emocionales en los animales, de las cuales se destaca la de la sintiencia. Padilla A., explica que el encuadre más temprano y ortodoxo de la cuestión animal que han hecho los jueces en Latinoamérica se ajusta al marco del discurso constitucional del derecho ambiental. Por lo tanto, la racionalidad que ha orientado la interpretación y decisión judicial en favor de la fauna en esta primera posición de la matriz ambiental es la de un derecho que piensa y opera en clave de especies, densidades poblacionales, disponibilidad de recursos y gestión de acervos fáunicos. Ello se debe a que los animales, o mejor las especies, son considerados exclusivamente desde el punto de vista de la función que cumplen dentro de los ecosistemas, a efectos de su aprovechamiento en beneficio de los seres humanos. En otras palabras, son considerados como meros bienes a preservar, lo que determina su valoración jurídica instrumental. Así pues, no solo prevalece la visión antropocéntrica del ambiente, sino que se restringe su alcance y desarrollo por la aparente angostura de los derechos ambientales.

Por ejemplo, un caso documentado por Padilla A. 2018, menciona que le fueron solicitados a un juez proteger los derechos colectivos a la seguridad, la salubridad, el equilibrio ecológico y el aprovechamiento racional de los recursos naturales que estaban siendo vulnerados por la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia en sus actividades de captura y experimentación en primates (tráfico ilegal de especies, malas prácticas de liberación de animales posterior a su uso, maltrato a los animales en cautiverio, inexistencia de un zocriadero y de un comité de ética, etc.). El juez protegió los derechos colectivos de los animales silvestres, concretamente los de los primates de la especie *Aotus vociferans*, declarando nula la resolución que le autorizaba a la Fundación a desarrollar tales actividades en el Trapecio Amazónico colombiano. El juez precisó que esta afectación al interés colectivo ambiental se concretaba en la vulneración del bienestar de los animales y que estos son seres capaces de sufrir y dotados de capacidades, lo que exige superar la visión que los considera como meros recursos a disposición de los seres humanos y, evidentemente, adoptar medidas que los protejan de tratos crueles, desafortunadamente dicha providencia fue objeto de una tutela por temas netamente procesales que logró restarle vigencia a la decisión pero el fondo en materia de importancia de la protección a los individuos se mantiene sobre todo en el concepto.

Este concepto de *sintiencia* se hace fundamental en el presente proyecto de ley, debido a que se le otorga al animal un valor superlativo en las formas de manejo y gestión de su integridad, salud y bienestar, en particular, en lo relacionado al transporte de estos en los casos en que llegasen a necesitar traslados urgentes de una ciudad a otra. La ausencia de legislación que regule su mecanismo y características

<sup>10</sup> Sentencia 760 de 2007.

<sup>11</sup> Sentencia C-439 de 2011.

<sup>12</sup> *Ibíd*

<sup>13</sup> *Ibíd*.

de transporte hace que, en muchos casos urgentes, deban ser transportados en condiciones deplorables donde mueren sin haber llegado a un centro de atención, o en el peor de los casos, son rechazados por las aerolíneas encontrándose con el mismo final. Este concepto de *sintiencia* hace que la regulación no solo sea una necesidad apremiante, sino que debe ser en condiciones idóneas donde no se genere ninguna clase de sufrimiento o padecimiento al animal, por ello, no podrá dársele un tratamiento en bodega como si fuese un objeto inerte, sino se deberá respetar sus capacidades de sintiencia e importancia para la biodiversidad del territorio nacional.

## 6. MARCO LEGAL PARA EL TRANSPORTE DE FAUNA

### 6.1 Normas internacionales

#### **Regulación Iata (Asociación Internacional de Transporte Aéreo). Requisitos Aplicables a los Contenedores Utilizados para Transportar Animales de Compañía, Ganado y Ciervos o Antílopes de Granja**

Es una norma internacional que hace referencia al diseño de los contenedores que transportan los animales de compañía, ganado y ciervos o antílopes de granja. En los Artículos III, IV y VII de la Convención se exige que las Autoridades Administrativas del Estado de exportación hayan verificado que todo espécimen vivo sea acondicionado y transportado de manera que se reduzca al mínimo el riesgo de heridas, deterioro en su salud o maltrato. En el Artículo VIII se dispone que las Partes velen por que se cumplan, con un mínimo de demora, las formalidades requeridas para el comercio de especímenes vivos y por qué, durante cualquier período de tránsito, permanencia o despacho, sean cuidados adecuadamente con el fin de reducir al mínimo el riesgo de heridas, deterioro en su salud o maltrato. Se pueden consultar disposiciones detalladas sobre el transporte de animales y plantas vivos en: Reglamentación para el Transporte de Animales Vivos de la IATA (LAR), Reglamentación para el Transporte de Mercancías Perecederas de la IATA (PCR) y las Directrices de la CITES para el transporte no aéreo de animales y plantas vivos (CoP16), basadas en la LAR y la PCR.<sup>14</sup>

Asimismo, la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA) y la Secretaría de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) firmaron un Memorando de Entendimiento (MOU), con el fin de cooperar en la reducción del comercio ilegal de vida silvestre y sus productos, además de garantizar la seguridad y el transporte seguro y legal de la vida silvestre. A través de este MOU, IATA y CITES tendrán un marco formal para la cooperación en curso sobre la aplicación de las normas y mejores prácticas tales como el Reglamento de la IATA sobre animales vivos, los perezados Reglamento de Carga IATA, y las directrices para

el transporte no aéreo de Live CITES Animales y plantas silvestres.<sup>15</sup>

### 6.2 Normas Nacionales

Numeral 3.10.3.11. de la norma RAC 3 de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia. Lo contenido en el numeral describe lo siguiente:

“3.10.3.11. *Transporte de animales o mascotas. No se podrá llevar en la cabina de pasajeros de una aeronave, animales o mascotas que puedan provocar riesgos para la seguridad aérea o para la salubridad, ni molestias para las demás personas a bordo.*

a) *Tratándose de perros y gatos domésticos que sean tenidos como mascota o animal de compañía, que no representen ningún riesgo o molestia, estos podrán transportarse en la cabina de pasajeros, previa autorización del transportador con sujeción a las siguientes condiciones:*

1. *Los animales deben ser de tamaño pequeño.*
2. *No se admitirá el transporte de animales agresivos o peligrosos, o cuyo transporte, tenencia o comercialización esté prohibido.*
3. *La edad mínima del animal a transportar será de ocho (8) semanas. Animales menores de esta edad, no deben viajar en avión.*
4. *El interesado deberá informar al transportador aéreo, con una antelación no inferior a cuarenta y ocho (48) horas a la salida del vuelo, sobre su intención de viajar llevando consigo un animal en cabina de pasajeros, con el fin de que el transportador tenga tiempo suficiente para hacer los arreglos pertinentes y asegurar la disponibilidad de cupo en el avión. Este tiempo podrá reducirse a veinticuatro (24) horas, pero en todos los casos, el transporte del animal estará sujeto a disponibilidad de cupo, conforme a lo previsto en el numeral quince (15) siguiente.*
5. *Antes del transporte, el pasajero interesado deberá dar cumplimiento, en relación con el animal, a todos los requerimientos en materia de salubridad e higiene formulados por las autoridades competentes en el aeropuerto de origen, de conformidad con las normas aplicables, lo cual deberá ser acreditado al transportador presentando: i) Para vuelos nacionales, carné o certificado de vacunación, suscrito por un veterinario con indicación de su número de matrícula profesional. ii) Para vuelos internacionales, carné o certificado de vacunación, certificado de salud del animal expedido y firmado por un veterinario, con indicación de su número de matrícula profesional, e inspección del animal por parte de la autoridad competente*

<sup>14</sup> <https://cites.org/esp/disc/what.php>

<sup>15</sup> <http://t21.com.mx/aereo/2015/06/09/iata-cites-buscan-reducir-comercio-ilegal-vida-silvestre>

- en el aeropuerto de origen. iii) El pasajero interesado deberá cerciorarse que el animal cumpla, no solo con los requisitos para la salida en el aeropuerto de origen en Colombia, sino con los que puedan ser exigibles para la admisión o tránsito del animal en el país y aeropuerto de destino, escala o conexión; así como los exigibles en Colombia, para la admisión de los que llegan del exterior.*
6. *El animal deberá viajar en una jaula, guacal o contenedor flexible o maleable adecuado de que disponga el pasajero; o en su defecto, en uno previamente solicitado al transportador, si este último ofreciere ese servicio y tuviese disponibilidad del mismo. Tratándose de perros, dependiendo de su tamaño y raza, el transportador podrá exigir que estos utilicen bozal, de acuerdo con sus políticas al respecto, siempre y cuando sus características morfológicas lo permitan, sin dificultar su respiración.*
  7. *El contenedor deberá ser de un tipo o modelo homologado, o en su defecto, ser apto para el transporte y permitir el cierre total del mismo, sin impedir la correcta respiración del animal.*
  8. *El peso total en conjunto del animal y el guacal o contenedor en que se transporta, no será superior a 10 Kg.*
  9. *Las dimensiones del guacal o contenedor no podrán ser superiores a 55 x 35 x 25 cm. Sin embargo, el transportador podrá admitir contenedores que excedan ligeramente alguna de esas dimensiones, siempre y cuando, no se constituya en un obstáculo para una eventual evacuación de emergencia y el límite de peso indicado en el literal anterior, se mantenga. En todo caso, la forma y dimensiones del contenedor serán tales, que este quepa y pueda ser alojado holgadamente debajo de una silla de pasajero en la correspondiente aeronave; lo cual implica que, en ciertos casos, tales dimensiones también puedan ser inferiores, dependiendo del tipo y configuración de la aeronave o las características de las sillas con que esté dotada.*
  10. *El pasajero a cargo de la mascota, será responsable de las precauciones y medidas necesarias para la conservación de las condiciones mínimas de higiene y sanidad por parte de la mascota.*
  11. *El pasajero deberá ubicar el contenedor debajo del asiento inmediatamente delante del suyo, evitando causar molestias a quien ocupe dicho asiento, o debajo del asiento que él ocupa, evitando en este caso molestias al pasajero que se encuentre detrás de él.*
  12. *El contenedor no podrá ubicarse de ningún modo que pueda obstruir una salida de emergencia o el acceso a ella, como tampoco en un pasillo u otro lugar que impida la fácil movilización de los pasajeros o tripulantes.*
  13. *El pasajero deberá abstenerse de abrir el contenedor durante el vuelo, a menos que siendo indispensable, cuente con autorización del transportador.*
  14. *Un pasajero solo podrá llevar un contenedor con un animal en un mismo vuelo.*
  15. *No se podrá transportar en un mismo vuelo y/o aeronave, más de cuatro (4) contenedores con animales en la cabina de pasajeros, cuando esta tenga una capacidad igual o inferior a cien sillas (100) sillas, ni más de seis (6) cuando tenga capacidad superior a la indicada. Excepcionalmente, se podrá disminuir la cantidad de contenedores, en atención a las limitaciones de peso y balance de la aeronave.*
  16. *La presencia de animales a bordo de las aeronaves o en los aeropuertos, no debe constituir riesgos para la seguridad aérea o para la salubridad, ni un obstáculo para una eventual evacuación de emergencia.*
  17. *El pasajero a cargo del animal deberá en todo momento atender las instrucciones y políticas que sobre el particular tenga o le imparta el transportador aéreo.*
  18. *Si el animal asumiera una actitud agresiva o peligrosa durante su permanencia en el aeropuerto, o durante su embarque o transporte, deberá ser trasladado a la bodega de carga de la aeronave, en tanto sea posible. En todo caso, el transporte de cualquier animal agresivo aún efectuándose en bodega de carga, estará sujeto a la disponibilidad de condiciones para su transporte sin riesgos para las personas, para el vuelo y para el propio animal.*
  19. *El transporte bajo las anteriores condiciones, únicamente será admisible respecto de vuelos nacionales o internacionales que no sean transoceánicos, a menos que el transportador aéreo lo autorice expresamente.*
  20. *Los costos derivados de vacunas, carnés o certificaciones de salud del animal transportado; así como los derivados de la guarda o cuarentena del mismo, serán a cargo del pasajero interesado en su transporte.*
  21. *Los costos o tarifas que el transportador establezca por el transporte de animales, así como las condiciones de dicho transporte, deberán ser informados por él a los usuarios a través de su página web y de los canales de ventas que disponga.*
  22. *Los animales de que trata este Reglamento, deberán permanecer, con collar, correa y bozal (salvo que sus características morfológicas dificulten su respiración,*

*impidiendo el uso de este último) durante todo el tiempo en que se encuentren fuera de su contenedor en un aeropuerto.*

23. *Los animales que no cumplan con las anteriores condiciones, deberán viajar en las bodegas de carga, con sujeción a la disponibilidad de espacio y a la observancia de las condiciones de seguridad previstas en el numeral dieciocho (18) precedente.*
  24. *Si de acuerdo con sus políticas y protocolos internos, un transportador aéreo decidiera admitir otro tipo de animales (diferentes de perros y gatos) en la cabina de pasajeros, tales como aves ornamentales; se deberá dar cumplimiento a las disposiciones de este Reglamento y tener en cuenta que no se trate de roedores, especies protegidas o en vía de extinción o cuyo transporte y/o tenencia estén prohibidos; todo lo cual deberá ser demostrado por el pasajero interesado. Esta consideración también deberá tenerse en cuenta para el transporte de animales en las bodegas de carga y equipaje de cualquier aeronave, a menos que el transporte sea solicitado o autorizado por una autoridad competente sobre la materia.*
- (b) *En el caso de perros lazarillos de personas invidentes o con alguna limitación visual, o animales guía entrenados y capaces de realizar ciertos trabajos requeridos, o que proporcionen soporte emocional a personas cuya limitación esté relacionada con la salud mental, estos se podrán transportar en la cabina de pasajeros, en el entendido que no representen ningún riesgo o molestia, dando cumplimiento a los numerales (2), (3), (4), (5), (10), (14) (16), (17), (18) y (24) del literal anterior.*
1. *Si la limitación de las personas aquí previstas no fuese evidente, deberá acreditarse con dictamen médico, psiquiátrico o psicológico según el caso.*
  2. *El animal podrá ubicarse en la aeronave de manera que pueda brindar al pasajero interesado que lo requiera, el soporte o ayuda al cual está destinado, previendo que no obstruya ninguna salida de emergencia o el acceso a los equipos de emergencia o supervivencia de la aeronave, ni constituya un impedimento para una eventual evacuación.”*

Otra de las normas existentes en materia de transporte animal, son las emitidas por el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) en documento con radicado No. ICA 20212003775 del 24 de agosto del 2021. A la luz de la respuesta enviada a esta institución a petición del Congreso, y bajo sus funciones institucionales y misionales como autoridad sanitaria del país, se han expedido tres resoluciones a través de las cuales se incluyen

requisitos asociados al transporte de animales, a saber:

- Resolución número 97977 del 27 de mayo de 2021: “*por medio de la cual se establecen los requisitos para la certificación de establecimientos exportadores de bovinos y bufalinos en pie y los destinados a sacrificio para la exportación de carne y se dictan otras disposiciones*”. El objeto de la norma es establecer los requisitos para la certificación de establecimientos exportadores de bovinos y bufalinos en pie y los destinados a sacrificio para la exportación de carne.
- Resolución número 100164 del 07/07/2021: “*por la cual se establecen los requisitos sanitarios para el ingreso y salida del país de perros y gatos como animales de compañía o con destino comercial y se dictan otras disposiciones*”. El objeto es la definición de los requisitos sanitarios para autorizar el ingreso y la salida del país de perros y gatos como animales de compañía o con destino comercial, en función de las condiciones sanitarias que exigen los servicios oficiales de los países de destino, así como el ICA para el ingreso de las mismas.
- Resolución número 6896 del 2016: “*por medio de la cual se establecen los requisitos para la expedición de la Guía Sanitaria de Movilización Interna-GSMI y se dictan otras disposiciones*” y Resolución número 93206 de 2021, “*por medio de la cual se establecen los requisitos para la expedición de la Guía Sanitaria de Movilización Interna-GSMI y se dictan otras disposiciones*” en las cuales se establecen los requisitos generales para la movilización de las especies bovinos, bufalinos, equinos, asnales, mulares, porcinos, ovinos y caprinos se debe solicitar en cualquiera de los puntos de servicio habilitados por el ICA, la expedición de la Guía Sanitaria de Movilización Interna de Animales – GSMI, siendo este el único documento legal que actúa como un instrumento sanitario de control epidemiológico que se expide para un grupo de animales a movilizar, basado en las condiciones sanitarias de los animales existentes en el predio, en un momento y lugar específico con respecto a su destino.

Por otro lado, el ICA tuvo participación dentro de la guía de transporte de mascotas que fue diseñada y desarrollada por la Superintendencia de Transporte, y lleva como nombre “*ABC para el Transporte de Mascotas*” y “*10 acciones necesarias para viajar con mascotas*”. La participación del ICA se dio en todo lo relativo al transporte internacional de mascotas (perros y gatos) el cual tiene por objeto hacer el control que los animales que ingresen o salgan del país cumplan con los requisitos de admisibilidad y de inspección sanitaria. Se describe a continuación el numeral 6 del documento competencia del ICA:

## “6. Recomendaciones para el transporte internacional de animales o mascotas.

El usuario deberá verificar que el animal cumpla con los requisitos para la admisión y salida de Colombia; y con los que puedan ser exigibles para la admisión o tránsito en el país de destino, escala o conexión.

### 6.1. Ingreso

- *Certificado sanitario. Expedido o avalado por la entidad sanitaria oficial del país de origen, con fecha no mayor a 10 días previos al ingreso a Colombia.*
- *Certificado de vacunación. En donde conste la fecha de administración y vigencia de la vacuna. En el sitio de ingreso al país, los animales serán sometidos a revisión documental, inspección física y se les deberá expedir el Certificado de Inspección Sanitaria por parte del ICA.*

### 6.2. Salida

- *Certificado de Inspección Sanitaria. Emitido por el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA. Para obtenerlo deberás presentarte ante el ICA con un certificado sanitario expedido por un médico veterinario particular firmado con matrícula profesional, con fecha de expedición no mayor a 5 días previos al viaje del animal.*
- *Certificado de vacunación. Debe cumplir con las exigencias del país de destino, y contar con la fecha de administración y vigencia de la vacuna.”*

Ahora bien, en cuanto a directrices emitidas por las entidades competentes en materia de política pública, podemos hacer alusión a la “Guía para el Transporte de Animales y Mascotas”, en la cual la Superintendencia de Transporte, el Instituto Colombiano Agropecuario ICA y la Policía Nacional de Colombia, con el objetivo de contribuir a la movilización responsable y al cuidado de los animales, facilitó a los usuarios información donde pueden consultar los derechos y deberes a tener en cuenta al momento de llevar a cabo su desplazamiento en compañía de un animal y a las empresas identificar las pautas mínimas requeridas para el transporte de estos.

Según lo contenido en la respuesta entregada por la SuperTransporte para la elaboración del presente proyecto de ley (radicado número 20211000607081 del 27 de agosto de 2021), esta Guía parte desde el conocimiento y divulgación del derecho general que tienen los usuarios del servicio de transporte público, en el modo aéreo, terrestre y acuático, a transportar sus mascotas y animales de asistencia, haciendo especial énfasis en que deberán, en todo caso, ser tenidos y transportados en condiciones de salubridad, seguridad, comodidad y tranquilidad,

para que no representen un riesgo para sí mismos, o para los demás pasajeros.

Además, menciona la entidad que esta guía es una herramienta ideal para los usuarios, las empresas de transporte público y cualquier persona que desee conocer la información más relevante sobre el transporte de animales como cuáles pueden ser transportados; cuáles son los deberes y las recomendaciones que deben tener en cuenta los usuarios; cuáles son las autoridades y su competencia en la materia; y, cuáles son las obligaciones de las empresas de transporte público para que su transporte sea seguro y en óptimas condiciones. Sin embargo, aclara también la entidad que la única información contenida en la guía sobre los animales silvestres es la mención de la prohibición de ley en cuanto al acceso al servicio de transporte público de animales bravíos o salvajes y animales domesticados y que a la fecha no se ha realizado actuación adicional relacionada con los animales silvestres por parte de esta Superintendencia.

Finalmente, resaltamos en este capítulo de normas nacionales, lo manifestado por el Ministerio de Transporte en comunicación enviada al Congreso con radicado No. 20211080913361 del 6 de septiembre de 2021. Dicha solicitud se realizó con el fin de conocer de primera mano, el cuerpo normativo con el que cuenta el Ministerio para el manejo y transporte de fauna silvestre y doméstica en todo el territorio nacional. En respuesta a la pregunta de si existe normativa relacionada con el transporte de fauna silvestre, esta cartera ministerial aseguró que no está dentro de sus competencias la emisión de dicha regulación, haciendo traslado al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Instituto Colombiano Agropecuario y la Aeronáutica Civil. Sin embargo, acto seguido a trasladar por competencia, el Ministerio hace un par de alusiones a la Ley 84 de 1989, artículos 27 y 28, los cuales establecen lo siguiente:

*“Artículo 27. El transporte o traslado de los animales, obliga a quien realiza a emplear procedimientos que no entrañen crueldad, malos tratos, fatiga extrema o carencia de descanso, bebida y alimento para los mismos.*

*Artículo 28. Para el transporte de cuadrúpedos se emplearán vehículos que los protejan del sol o de la lluvia. Tratándose de animales más pequeños deberán ir en cajas o guacales que tengan suficiente ventilación y amplitud apropiada y su construcción será lo suficientemente sólida, como para resistir sin deformarse el peso de otras cajas u objetos que se le coloquen encima, debiendo estar protegidos contra el sol, la lluvia y el frío.”*

Por otro lado, el Ministerio informa todo lo relacionado a transporte de fauna doméstica, indicando que todo el transporte de animales domésticos se debe dar en cumplimiento de la Ley 796 de 2002, artículos 2°, 49 y 50 y los artículos 27 y 28 de la Ley 84 de 1989.

### 6.3 Jurisprudencia

**Sentencia C- 439 de 2011: Prohibición de Llevar Animales en Vehículos de Transporte Terrestre Público de Pasajeros en Determinadas Condiciones.**

**NORMA DEMANDADA: “LEY 769 DE 2002**

*“Artículo 87. De la prohibición de llevar animales y objetos molestos en vehículos para pasajeros. En los vehículos de servicio público de pasajeros no deben llevarse objetos que puedan atentar la integridad física de los usuarios: **ni animales**, salvo que se trate de perros lazarillos. El equipaje deberá transportarse en la bodega, baúl o parrilla.”*

*Según se indica en la demanda, al establecer el artículo 87 de la Ley 769 de 2002 que “en los vehículos de servicio público de pasajeros no deben llevarse...animales”, el legislativo sobrepasó el mandato constitucional estatuido en el artículo 150 de la Constitución Política, excediendo sus facultades, al limitar derechos fundamentales de los particulares.*

*A juicio de la actora, el que la norma acusada impida transportar animales en el servicio de transporte público como lo es, por ejemplo, el servicio de taxi genera una discriminación negativa; así, si una persona tiene la imperiosa necesidad de transportar a su mascota y carece de vehículo particular no tiene opción de movilizarlo, mientras que, quien cuente con vehículo privado, sí. La norma, a su juicio, es abiertamente discriminatoria, pues en este país, la gran mayoría de personas no cuentan con vehículo particular. En esos términos, si el dueño de la mascota toma las debidas medidas de seguridad y transporte, no existe razón fundada para crear condiciones de desigualdad en cuanto al libre acceso al servicio público de transporte de pasajeros. De esta forma, la medida restrictiva vulnera sin necesidad el derecho a la igualdad – artículo 13 Superior-.*

*En efecto, “para efectos del sistema de transporte automotor mixto y transporte terrestre automotor individual de pasajeros, en los cuales no se pone en peligro la salubridad, seguridad y comodidad de los usuarios, siempre que se aseguren condiciones de seguridad, salubridad, razonabilidad y en los términos que al efecto se señalen en los respectivos reglamentos, los cuales en todo caso no podrán contener condiciones que impliquen obstáculos irrazonables o desproporcionados para la efectiva movilización de personas con sus mascotas.”*

Por lo tanto, la Corte declaró exequible la expresión “ni animales” contenida en el artículo 87 de la Ley 769 de 2002 bajo el entendido que se exceptúan de dicha prohibición los animales domésticos siempre y cuando sean tenidos y transportados en condiciones de salubridad, seguridad, comodidad y tranquilidad según las reglas aplicables. La decisión reseñada ya empieza a incorporar elementos de la normativa que tienen a los animales como seres sintientes.

### 7. CONFLICTO DE INTERESES (ARTÍCULO 291 LEY 5ª DE 1992)

El artículo 183 de la Constitución Política consagra a los conflictos de interés como causal de pérdida de investidura. Igualmente, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 establece el régimen de conflicto de interés de los congresistas.

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, para que se configure el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura deben presentarse las siguientes condiciones o supuestos:

- (i) Que exista un interés directo, particular y actual: moral o económico.
- (ii) Que el congresista no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que se ha de tomar.
- (iii) Que el congresista no haya sido separado del asunto mediante recusación.
- (iv) Que el congresista haya participado en los debates y/o haya votado.
- (v) Que la participación del congresista se haya producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento.

En cuanto al concepto del interés del congresista que puede entrar en conflicto con el interés público, la Sala ha explicado que el mismo debe ser entendido como “una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen” y como “el provecho, conveniencia o utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicado 66001-23-33-002-2016-00291-01(PI), sentencia del 30 de junio de 2017).

De acuerdo con la Sentencia SU-379 de 2017, no basta con la acreditación del factor objetivo del conflicto de intereses, esto es, que haya una relación de consanguinidad entre el congresista y el pariente que pueda percibir un eventual beneficio. Deben ser dotadas de contenido de acuerdo con las circunstancias específicas del caso concreto.

La Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2000 afirmó lo siguiente frente a la pérdida de investidura de los Congresistas por violar el régimen de conflicto de intereses:

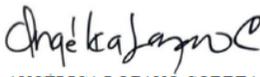
**El interés consiste en el provecho, conveniencia o utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto.** Así, no se encuentra en situación de conflicto de intereses el congresista que apoye o patrocine el proyecto que, de alguna manera, redundaría en su perjuicio o haría más gravosa su situación o la de los suyos, o se oponga al proyecto que de algún modo

les fuera provechoso. En ese sentido restringido ha de entenderse el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, pues nadie tendría interés en su propio perjuicio, y de lo que trata es de preservar la rectitud de la conducta de los congresistas, que deben actuar siempre consultando la justicia y el bien común, como manda el artículo 133 de la Constitución. Por eso, se repite, la situación de conflicto resulta de la conducta del congresista en cada caso, atendidas la materia de que se trate y las circunstancias del congresista y los suyos. [...].

Teniendo en cuenta lo anterior, con relación al presente proyecto de ley, no es posible delimitar de forma exhaustiva los posibles casos de conflictos de interés que se pueden presentar en la gestión del transporte de fauna silvestre en Colombia. Por lo cual, nos limitamos a presentar algunos posibles conflictos de interés que pueden llegar a presentarse con relación al sector de transporte.

En el presente Proyecto de ley se pueden llegar a presentar Conflictos de Interés cuando los congresistas, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tengan relaciones comerciales, accionarias o económicas con operadores aéreos.

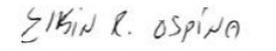
De los honorables Congresistas,

  
ANGÉLICA LOZANO CORREA  
Senadora de la República  
Partido Verde

  
DANIEL CARVALHO MEJÍA  
Representante a la Cámara por Antioquia

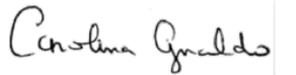
  
ANDREA PADILLA VILLARRAGA  
Senadora de la República  
Alianza Verde

  
JAIME RAÚL SALAMANCA TORRES  
Representante a la Cámara por Boyacá  
Partido Alianza Verde

  
ELKIN RODOLFO OSPINA OSPINA  
Representante a la Cámara  
Partido Alianza Verde

  
INTI RAÚL ASPRILLA REYES  
Senador de la República  
Partido Alianza Verde

  
JUAN DIEGO MUÑOZ CABRERA  
Representante a la Cámara por el Meta  
Partido Alianza Verde

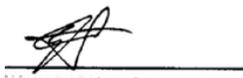
  
CAROLINA GIRALDO BOTERO  
Representante a la Cámara por Risaralda  
Partido Alianza Verde

  
CATHERINE JUVINAO CLAVIJO  
Representante a la Cámara  
Partido Alianza Verde

  
JULIA MIRANDA LONDOÑO  
Representante a la Cámara por Bogotá  
Partido Nuevo Liberalismo

  
SANTIAGO OSORIO MARIN  
Representante a la Cámara  
Coalición Alianza Verde - Pacto Histórico

  
IVÁN LEONIDAS NAME VASQUEZ  
Senador de la República  
Partido Alianza Verde

  
FABIÁN DÍAZ PLATA  
Senador de la República  
Partido Alianza Verde

  
CRISTIAN DANILO AVENDAÑO FINO  
Representante a la Cámara Santander  
Partido Alianza Verde



MARTHA LISBETH ALFONSO JURADO  
Representante a la Cámara Tolima  
Pacto Histórico - Alianza Verde



ANA CAROLINA ESPITIA JEREZ  
Senadora de la República



JUAN SEBASTIÁN GÓMEZ GONZÁLEZ  
Representante a la Cámara por Caldas  
Nuevo Liberalismo



JONATHAN FERNEY PULIDO  
Senador de la República  
Partido Alianza Verde

## BIBLIOGRAFÍA

1. Andrea Padilla Villarraga (2018). Los animales al derecho. Nuevas concepciones jurídicas sobre los animales en América Latina: de la cosa al ser sintiente. Universidad de los Andes, tesis de doctorado. Bogotá, diciembre 3 de 2018.
2. Arango, S. E., & Carmona, J. E. (2011). Reflexiones bioéticas acerca del tráfico ilegal de especies en Colombia. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/r1b/v11n2/v11n2a11.pdf>
3. BLUA, 2017. Consultado en: <https://bluavoluntariado.org/blog/temas/conservacion-medioambiente/trafico-de-animales/>
4. Cruz, D., & Gómez, J. R. (2009). Aproximación al uso y tráfico de fauna silvestre en Puerto Carreño, Vichada, Colombia.
5. Instituto Distrital de Protección Animal, 2019. Manejo de la Fauna Silvestre en Bogotá Artículo reflexivo. Junio 30 de 2019. Producto de investigación.
6. Nieves, E. (2019). New York Times. Obtenido de <https://www.nytimes.com/es/2019/05/03/espanol/america-latina/colombia-trafico-de-animales.html>
7. Polanco, C. (2019). El COLOMBIANO. Obtenido de <https://www.elcolombiano.com/colombia/colombia-victima-de-las-millonarias-garras-del-trafico-ilegal-de-animales-LH1143954>

|   |     |                          |        |
|---|-----|--------------------------|--------|
| C.A. N. N. N.   |     | CAMARA DE REPRESENTANTES |        |
| SECRETARÍA GENERAL                                      |     | SECRETARÍA GENERAL       |        |
| El día  | 04  | de                       | Agosto |
|   |     | del año                  | 2022   |
| Ha sido presentado en este despacho el                  |     |                          |        |
| Proyecto de Ley   | X   | Acto Legislativo         |        |
| No.   | 112 | Con su correspondiente   |        |
| Exposición de Motivos, suscrito Por: HS Angelica Lozano |     |                          |        |
| HR Daniel Carvalho, HS Andrea Padilla                   |     |                          |        |
| HS Jonathan Pulido y otras HH. RR y HH. SS              |     |                          |        |
| SECRETARIO GENERAL                                      |     |                          |        |

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 113 DE 2022**  
**CÁMARA**

*por medio de la cual se busca proteger a los contratistas de prestación de servicios y se dictan otras disposiciones para evitar el encubrimiento de relaciones laborales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en el sector público y la modernización estatal de las plantas de personal.*

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA

CAPÍTULO I

**Disposiciones Generales**

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto proteger de abusos a los contratistas de prestación de servicios; la estructuración de la actualización de las plantas de personal de las entidades del Estado junto con la modernización de las mismas; y la prevención del encubrimiento de relaciones laborales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en el sector público.

Artículo 2°. *Definición y aplicación en el ámbito público.* El contrato de prestación de servicios en el sector público es una modalidad contractual de naturaleza administrativa autónoma e independiente que se caracteriza por el especial conocimiento técnico, científico, profesional o de apoyo a la gestión que tiene el contratista. Su duración debe estar limitada por el tiempo estrictamente necesario para ejecutar el objeto del contrato y en ningún caso para el cumplimiento de actividades o funciones permanentes de las entidades públicas.

Parágrafo 1°. Las entidades contratantes deberán acreditar en virtud del principio de planeación la necesidad de celebrar el contrato de prestación de servicios y no podrán en caso de requerir una prórroga someter al contratista a una espera prolongada para suscribir la prórroga o hacer uso de sus servicios de manera gratuita so pena de sanciones disciplinarias.

Parágrafo 2°. Ninguna de las disposiciones contenidas en la presente ley modifica la naturaleza y esencia del contrato de prestación de servicios en el sector público, ni le darán carácter de contrato laboral.

Artículo 3°. *Registro e identificación de contratistas de prestación de servicios del Estado.* El Departamento Administrativo de la Función Pública es la autoridad responsable de coordinar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley. Para ello deberá establecer los mecanismos y realizar las gestiones necesarias para planear, diseñar, aplicar y actualizar un registro con la totalidad de los contratistas de prestación de servicios del Estado para poder caracterizarlos y obtener la información necesaria para dignificar su labor y evitar el encubrimiento de relaciones laborales.

El Gobierno nacional, en cabeza del Departamento Administrativo de la Función Pública, integrará una Comisión Multisectorial que definirá la forma y rutas para que los contratistas de prestación de servicios puedan tramitar sus quejas sobre abusos y que se

les ordene a todas las entidades públicas a realizar una actualización de las plantas de personal con fundamento en estudios de cargas de trabajo, junto con las recomendaciones para ajustar la Ley 617 de 2000 en relación con los gastos de funcionamiento de las entidades en el personal. El concepto de la comisión multisectorial tiene carácter vinculante.

Artículo 4°. *Implementación de la ley.* El Departamento Administrativo de la Función Pública orientará junto con el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a las demás entidades públicas del orden nacional y territorial, conforme con sus competencias; y el apoyo de la Mesa por el empleo público la actualización, ampliación de plantas de empleo; en un plazo no mayor a seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, sobre los parámetros mínimos de planeación, diseño y definición del proceso de adecuación de las plantas de personal y las rutas para tramitar quejas por abusos con los contratistas de prestación de servicios.

Artículo 5°. *Seguimiento, vigilancia y control.* El Departamento Administrativo de la Función Pública coordinará mesas de trabajo con la participación de los entes de control; la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente; la academia y las organizaciones sociales de forma trimestral, a partir de la vigencia de la presente ley para generar espacios de seguimiento, vigilancia y control, con el objetivo de apoyar el proceso de construcciones de condiciones dignas para los contratistas de prestación de servicios y las rutas para tramitar quejas por abusos con los contratistas de prestación de servicios.

CAPÍTULO II

**Garantías Mínimas de los Contratistas**

Artículo 6°. *Cláusula Penal Obligatoria.* Todo contrato de prestación de servicios que se encuentre dentro de los criterios de aplicación de la presente ley deberá incluir una cláusula penal en favor del contratista, de por lo menos un 10% del valor total del contrato, y será exigible cuando el contratante incumpla las disposiciones contractuales o vulnere los derechos reconocidos en la presente ley. En caso de que exista cláusula penal en favor del contratante, esta no podrá ser superior a la cláusula en beneficio del contratista.

Artículo 7°. *Cálculo del monto de los honorarios para el sector público.* Para calcular el monto de los honorarios de los contratos de prestación de servicios de personas naturales, las entidades públicas deberán expedir por resolución una tabla en la cual se equiparen los montos de ingresos percibidos mensualmente por los servidores públicos de planta con respecto a los contratistas, teniendo en cuenta las funciones del contrato y los requisitos de formación académica y experiencia correspondientes, con el objetivo de disminuir la brecha de diferenciación en la remuneración entre el contratista de prestación de servicios y el personal de planta.

Artículo 8°. *Garantía de no terminación anticipada.* Los contratantes no podrán dar por terminado de forma anticipada los contratos de prestación de servicios que se encuentran en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud, y a las contratistas en estado de embarazo o en el periodo equivalente a la licencia de maternidad y/o paternidad. Esta garantía no se entenderá como una ampliación o extensión de las fechas de terminación pactadas en los contratos.

Parágrafo. El Contratante no podrá impedir que el contratista haga efectivas las contingencias de los riesgos a la salud entre ellas el pago de incapacidades y licencias de maternidad o paternidad en el caso de los contratistas de prestación de servicios que se encuentran cubiertas por el aseguramiento que realizan como independientes. El contratista deberá efectuar el cobro de la prestación económica ante la Entidad Prestadora de Salud (EPS) o Entidades Obligadas a Compensar (EOC) conforme a lo regulado en el Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social o el que haga sus veces para la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

Artículo 9°. *Cláusula Disfrute del descanso necesario.* Los contratistas de prestación de servicios que sean personas naturales tendrán derecho a que dentro de su contrato de prestación de servicios se pacten 12 días hábiles de disfrute de descanso necesario por año de servicio, o proporcional al término pactado en el contrato de prestación de servicios. El descanso necesario está cubierto dentro del valor total del contrato de prestación de servicios, y no acarrea costos adicionales para el contratante, en tanto se trata del disfrute únicamente de días de descanso dentro del término de vigencia del contrato de prestación de servicios.

El disfrute del descanso necesario debe señalarse por el contratante dentro de la vigencia del término del contrato de prestación de servicios suscrito, sin perjudicar el servicio prestado al contratante ni la efectividad del descanso del contratista.

Parágrafo. Está prohibido compensar en dinero el tiempo de disfrute del descanso necesario.

Artículo 10. *Acceso a cajas de compensación familiar, subsidios y beneficios.* Los contratistas de prestación de servicios que sean personas naturales tendrán derecho a que los contratantes los afilien a un plan de caja de compensación que ofrezca como mínimo acceso a beneficios en educación, capacitación, turismo y acceso a espacios de recreación, deporte y turismo. Este plan deberá tener una cobertura familiar en las mismas condiciones que se ofrecen para los planes ordinarios.

Las cajas de compensación ofrecerán también servicios de subsidio de vivienda, créditos, subsidios monetarios, descuentos en el plan complementario de salud y otros beneficios que deberán ser adquiridos directamente por los contratistas de prestación de servicios.

Artículo 11. *Unificación y simplificación de la forma de cotización de los aportes a salud, pensión, riesgos profesionales y cajas de compensación familiar.* Los Ministerios de Hacienda y Crédito Público; Salud y Protección Social; Ministerio del Trabajo, Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales realizarán la unificación y simplificación de la forma de cotización de los aportes a salud, pensión, riesgos profesionales y cajas de compensación familiar, que deban realizar los contratistas en general, y de quienes perciban ingresos de forma simultánea, en razón a la concurrencia de varios contratos de prestación de servicios, o de estos con actividades laborales dependientes o de pensionados. En todo caso la cotización deberá hacerse siempre con posterioridad al respectivo pago de honorarios, es decir, mes vencido y no podrá generar perjuicios a los contratistas en materia tributaria o generar trámites adicionales.

Artículo 12. *Incentivo a la cultura del ahorro y prima anual de ahorro.* El Fondo Nacional de Ahorro creará una línea especial de créditos y ahorro programado para educación y vivienda centrada en las personas que se encuentren vinculadas por prestación de servicios.

Cuando un contratista de prestación de servicios con dedicación exclusiva haya cumplido un año (1) de servicios continuos o discontinuos a una misma entidad, tendrá derecho a que se le consigne en el Fondo Nacional del Ahorro una prima de ahorro equivalente al 25% del valor de los honorarios devengados por un mes en el promedio de los últimos seis (6) meses.

Artículo 13. *Simplificación del proceso de cobro y pago de honorarios.* Para el pago de honorarios de los contratos de prestación de servicios, las entidades deberán ajustar sus procesos internos incorporando los siguientes parámetros:

- 1- Las entidades contratantes no podrán exigir a los contratistas la radicación de documentos de cualquier índole, que deban ser emitidos por la misma entidad contratante.
- 2- El pago de las cuentas de cobro deberá darse dentro de un plazo justo no superior a 30 días.

Artículo 14. *Disposiciones relativas a reglamentos internos y elementos para la prestación del servicio.* Las entidades públicas no podrán exigir a sus contratistas de prestación de servicios, el cumplimiento de los reglamentos internos de trabajo, toda vez que no existe un vínculo de tipo laboral. Los contratistas voluntariamente podrán participar de los beneficios y eventos organizados por las entidades dentro de sus políticas de recursos humanos, sin que esto constituya un indicio de contrato de naturaleza laboral.

Parágrafo 1°. En los casos en los cuales la entidad contratante exija que la prestación del servicio se efectúe de manera presencial en las instalaciones de la entidad, esta deberá proveer los elementos de

trabajo personal requeridos para la prestación del servicio.

### CAPÍTULO III

#### **Mecanismos de Seguimiento a la dignificación de la Situación de los Contratistas del sector público**

Artículo 15. *Límites a la contratación por prestación de servicios.* Todas las entidades del Estado deberán definir topes máximos para la contratación por prestación de servicios, la cual debe guardar coherencia con su nómina de trabajadores so pena de sanciones administrativas, penales y disciplinarias por uso indebido de los recursos públicos.

Artículo 16. *Mecanismos de control y seguimiento.* El Departamento Administrativo de la Función Pública articulará con el SECOP y el SIGEP la inclusión de categorías comunes dentro de sus bases de información para hacer seguimiento a la población contratada por prestación de servicios en el Estado, y presentará cada seis meses en los años subsiguientes mientras se continúen ejecutando recursos destinados a la contratación por servicios, reportes detallados de la ejecución de estos recursos en contratación que deberán atender el principio de la divulgación proactiva de la información consagrado en la Ley 1712 de 2014.

Será una obligación publicar y divulgar documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva, actualizada, accesible y comprensible.

Artículo 17. *Actualización de Plantas Personal.* Todas las entidades del sector público, deberán mantener actualizadas las plantas globales de empleo necesarias para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo, con el objetivo de reducir las vinculaciones mediante contrato de prestación de servicios, en tanto los mismos tienen un carácter excepcional, para lo cual tendrán en cuenta las medidas de racionalización del gasto.

Artículo 18. *Mesa por el empleo público la actualización, ampliación de plantas de empleo, la reducción de los contratos de prestación de servicios y garantizar el empleo digno.* Otórguesele rango legal a la Mesa por el empleo público la actualización, ampliación de plantas de empleo, la reducción de los contratos de prestación de servicios y garantizar el empleo digno creada mediante el Decreto número 1800 de 2019.

Artículo 19. *Informe Institucional sobre la situación de los contratistas de prestación de servicios del sector público.* Las recomendaciones técnicas y normativas de alto nivel para la toma de decisiones emitidas por la Mesa Técnica Bipartita deberán ser públicas, de libre acceso y estar disponible en la página web del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Artículo 20. *Actualización de las plantas globales de empleo.* En el marco de la actualización de las plantas globales del empleo del Estado las entidades

del nivel municipal, distrital o de orden nacional podrán optar por realizar:

1. Acuerdos de formalización laboral.
2. Creación de plantas temporales de personal.

Los Acuerdos de formalización laboral y la creación de plantas temporales corresponden a una medida transitoria a la cual se le dará solución definitiva, una vez se emitan los informes Institucionales sobre la situación de los vinculados por contrato de prestación de servicios del sector público.

Artículo 21. *Acuerdos de formalización laboral.* Las entidades u organismos del sector público donde se determine la existencia de faltantes en las plantas de personal podrán acudir a los acuerdos de Formalización Laboral, suscritos entre uno o varios empleadores y una Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo, previo visto bueno del Despacho del viceministro de Relaciones Laborales e Inspección. En los cuales se deberán consagrar los compromisos de mejora en formalización, mediante la celebración de contratos laborales con vocación de permanencia, en concordancia con la viabilidad presupuestal.

Artículo 22. *Creación de plantas temporales de personal.* A costo cero, las Plantas de Personal en el nivel Nacional y Territorial, serán ampliadas con mínimo el 70% del valor de los recursos de Inversión destinados a los Contratos Administrativos de prestación de servicios. Se crearán plantas temporales de personal para las entidades que no cuenten con el talento humano suficiente para atender el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.1.1.1 del Decreto 1083 de 2015 previo estudio técnico y acorde con lo dispuesto en el artículo 2.2.12.1 y 2.2.12.2 del Decreto 1083 de 2015.

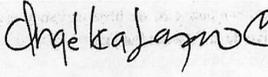
### CAPÍTULO IV

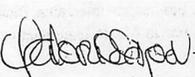
#### **Prevención de Encubrimiento de Relaciones Laborales en el sector público**

Artículo 23. *Repetición por encubrimiento de relaciones laborales.* Las entidades del Estado podrán repetir por condenas derivadas de la declaración de un contrato realidad, contra el servidor público que tenga bajo sus funciones y responsabilidad la contratación mediante contratos de prestación ‘de servicios, siempre y cuando se demuestre la responsabilidad, para lo cual se adelantará el debido proceso disciplinario.

Artículo 24. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

De los honorables Congresistas,

  
ANGÉLICA LOZANO CORREA  
SENADORA DE LA REPÚBLICA  
PARTIDO ALIANZA VERDE

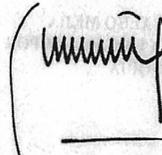
  
OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ NIETO  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



JUAN CARLOS GARCÍA GÓMEZ  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
EL ATLÁNTICO  
COALICIÓN PACTO HISTÓRICO



JUAN CARLOS GARCÍA GÓMEZ  
PARTIDO CONSERVADOR



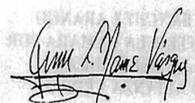
DAVID LUNA  
Senador de la República



MARÍA FERNANDA CARRASCAL R.  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
COALICIÓN PACTO HISTÓRICO



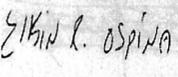
ANA PAOLA AGUDELO GARCÍA  
SENADORA DE LA REPÚBLICA  
PARTIDO POLÍTICO MIRA



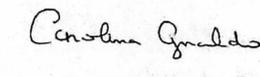
IVÁN LEONIDAS NAME VASQUEZ  
SENADOR DE LA REPÚBLICA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



FABIÁN DÍAZ PLATA  
SENADOR DE LA REPÚBLICA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



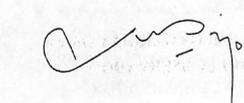
ELKIN RODOLFO OSPINA OSPINA  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



CAROLINA GIRALDO BOTERO  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
RISARALDA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



CRISTIAN DANILO AVENDAÑO FINO  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
SANTANDER  
PARTIDO ALIANZA VERDE



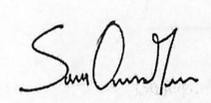
JUAN DIEGO MUÑOZ CABRERA  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
EL META  
PARTIDO ALIANZA VERDE



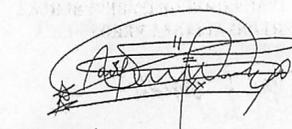
DANIEL CARVALHO MEJÍA  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
ANTIOQUIA



DUVALIER SÁNCHEZ ARANGO  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
EL VALLE DEL CAUCA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



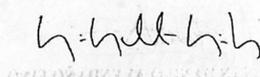
SANTIAGO OSORIO MARIN  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
COALICIÓN ALIANZA VERDE - PACTO  
HISTÓRICO



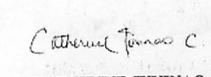
JAIME RAÚL SALAMANCA TORRES  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
BOYACÁ  
PARTIDO ALIANZA VERDE



ALEJANDRO GARCÍA RÍOS  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
RISARALDA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



JUAN SEBASTIÁN GÓMEZ GONZÁLEZ  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
CALDAS  
NUEVO LIBERALISMO



CATHERINE JUVINAO CLAVIJO  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
PARTIDO ALIANZA VERDE

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

por medio de la cual se busca proteger a los contratistas de prestación de servicios y se dictan otras disposiciones para evitar el encubrimiento de relaciones laborales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en el sector público y la modernización estatal de las plantas de personal.

### Contexto

El proyecto de ley por medio del cual se busca la dignificación de los contratistas de prestación de servicios ha sido presentado en varias legislaturas sin que a la fecha se haya dado el debate necesario requerido, con miras a reconocer y propender por solucionar un problema innegable, que se encuentra representado en el abuso frente a esta modalidad de contratación, y el incremento de manera considerable en la precarización de las condiciones para desarrollar sus labores, específicamente la de los contratistas del sector público. Una primera iniciativa fue radicada el día 14 de agosto de 2017 bajo el número 090 de 2017, la cual se publicó en la *Gaceta del Congreso* 695 de 2017 y fue aprobada en primer debate el 11 de abril de 2018; luego empezó la espera para que se surtiera el segundo debate sin que se lograra dar curso al resto de debates necesarios para completar el trámite legislativo.

Se radicó nuevamente el 20 de julio de 2020, en esta oportunidad con la coautoría del Representante Mauricio Toro y se publicó ponencia para primer debate del proyecto de ley 154 de 2020 Cámara en junio 09 de 2021, sin embargo, fue archivado el 16 junio de 2021, sin mayor deliberación y en la última votación del título y la pregunta del querer que continúe su trámite. Finalmente se radicó el proyecto de ley 423 de 2021 con la coautoría del Representante Mauricio Toro, y en esta oportunidad no logró completar ni siquiera el primer debate en la Comisión Séptima de Cámara, razón la cual retomamos el proyecto de ley radicado, con el objetivo de dar el debate correspondiente a esta importante iniciativa que tiene como propósito dignificar las condiciones de los contratistas de prestación de servicios; y traemos a colación la exposición de motivos y articulado previamente radicados, que fueron producto de consensos a la luz de los debates dados en cada una de las radicaciones previas.

En Colombia la modalidad de contratación por prestación de servicios se ha utilizado como forma de encubrir relaciones laborales tanto en el sector público como en el sector privado, con la finalidad de eludir las garantías laborales de los trabajadores. Esto ha ocurrido en buena medida por la ausencia de una regulación específica del Contrato de prestación de Servicios que permita prevenir los encubrimientos, más allá de las consideraciones de las altas cortes en la materia.

Al respecto, es clave tener en cuenta las recomendaciones de la OIT que hacen énfasis en “las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros

los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación”<sup>1</sup>.

La prestación de servicios viene convirtiéndose en Colombia, en la manera de evadir el esquema de protección social de los trabajadores o en la forma de contratar sin unas garantías mínimas que atentan contra la dignidad humana. “En efecto, el contrato realidad es aquel que, pese a sus contenidos y apariencia, constituye una verdadera relación de trabajo dependiente, de modo que más allá de los documentos o las palabras que se usan los contratantes para definir este tipo de relación que contraten, lo relevante es el contenido material de esta”<sup>2</sup>.

“Las decisiones sobre el congelamiento de los gastos de funcionamiento (Ley 617 de 2000), la Ley 550 a la que se acogieron algunos municipios y los cambios realizados a la normativa que rige la contratación por prestación de servicios, como la Ley 1150 de 2007, han generado un aumento de la población contratada por esta modalidad (Comisión del Gasto y la Inversión Pública, 2018), lo que pudo afectar la eficiencia del gasto público y propiciar espacios para el clientelismo, el patronazgo político y la efectividad de las organizaciones públicas”<sup>3</sup>.

En la práctica, no resulta razonable señalar que existen diferencias entre las actividades realizadas por los trabajadores o servidores públicos frente a los contratistas de prestación de servicios, sin embargo, existe una particularidad derivada del régimen legal que los ampara. De ahí que sea preciso generar una serie de garantías que sin alterar la naturaleza propia del contrato de prestación de servicios propendan por generar un trato digno para los contratistas como medida transitoria por el laxo de tiempo que le tome al Estado regularizar sus plantas de personal.

La jurisprudencia viene indicando que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación, razón por la cual es necesario determinar las condiciones de autonomía propias del contratista de prestación de servicios, con el objetivo de prevenir que se disfrace un contrato laboral bajo la modalidad de prestación de servicios. Es imperativo, por un lado, dar aplicación al principio de primacía de la realidad, y por el otro generar unas condiciones mínimas para los contratistas que pese a no encontrarse

subordinados sí desarrollan una labor que merece un trato digno.

En ese sentido, vale la pena señalar que el presente régimen no pretende equiparar, mutar o eliminar la modalidad de contrato de prestación de servicios frente a la modalidad de contrato laboral, pero sí tiene por objetivo crear un marco normativo que impida que se presenten abusos por parte de los contratantes que usan esta modalidad. Además de delimitar las condiciones que deben generarse dentro del contrato para que la autonomía del contratista tenga asiento dentro de la normativa.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el documento *Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional* acerca de la configuración del contrato realidad, tanto para empleados públicos como para trabajadores oficiales, señala que la “jurisprudencia de las altas Cortes ha establecido una serie de elementos que configuran el contrato de prestación de servicios, a saber:

- Excepcionalidad, pues solo se pueden celebrar con el fin de atender actividades que no puedan desarrollarse con el personal de planta o requieran conocimientos especializados<sup>4</sup>.
- Temporalidad, ya que su duración dependerá del tiempo estricto que conlleve la ejecución de la actividad contratada<sup>5</sup>.
- Autonomía, pues el contratista ejerce de forma discrecional las obligaciones adquiridas, y en razón de su especialidad, desde el punto de vista técnico y científico, se presume que conoce la mejor manera de cumplir la labor<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado, en el documento *Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional* acerca de la configuración del contrato realidad, citando al Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de junio de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2002-04144 01. M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; sentencia del 4 de noviembre de 2010. Exp. 15001-23-31-000-2006-01415-01. M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 17 de abril de 2013. Exp. 25000-23-25-000-2008-00776-01. M. P. Alfonso Vargas Rincón; sentencia del 1° de marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00344-01. M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Corte Constitucional. Sentencia C- 614 de 2009. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>5</sup> Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el documento *Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional* acerca de la configuración del contrato realidad, citando al Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 1° de marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00344-01. M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>6</sup> Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el documento *Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional* acerca de la configuración del contrato realidad, citando al Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de julio de 2007. Exp. 44001-23-31-000-2001-00134-01. M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; sentencia del 28 de enero de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2001-03195-01. M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 3 de junio de 2010. Exp. 25000-23-

<sup>1</sup> OIT R198 - Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198).

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 17 de julio de 2019. Rad 73707. M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

<sup>3</sup> Becerra Óscar, González María Alejandra y Sanabria Púlido Pablo. Nota Política número 35. ¿Cómo mejorar y racionalizar la contratación por prestación de servicios en el sector público en Colombia? Una mirada desde la calidad del empleo. Universidad de los Andes. Noviembre de 2019. ISSN 2027-7199.

- Remuneración, la cual se efectúa a través de honorarios.<sup>7</sup>”.

De manera que si quien requiere el servicio no está dispuesto a afrontar el pago de prestaciones sociales, debe estar dispuesto a garantizar que el contratista tenga autonomía; de lo contrario se vería abocado a asumir las consecuencias de la declaratoria de contrato realidad.

Cuando se enuncia el principio de primacía de la realidad “se piensa de inmediato en las distintas modalidades contractuales que pueden servir para escamotear la relación laboral. Pero eso es apenas uno de los posibles modos de evadir la realidad. Otro, y bien importante, consiste precisamente en fragmentar la unidad dada por un fin lucrativo único, en tantas actividades como la empresa real lleva a término, con el propósito de evadir cargas laborales mayores”<sup>8</sup>.

“Es, precisamente, lo que el principio contenido en el artículo 53 superior pretende evitar y, por tanto, al legislador le está vedado legitimarlo”<sup>9</sup>, por lo que clarificar el alcance de la autonomía del contratista es una garantía, no solamente respecto de su mayor autonomía en razón del contrato de prestación de servicios, sino que también es una forma de prevenir que se disfracen relaciones laborales como de prestación de servicios.

No siempre se presume la existencia de una relación laboral con una persona vinculada por medio de contrato de prestación de servicios, sólo cuando se demuestra que hubo ejecución personal de la labor.

### **De los aportes al Sistema de Seguridad Social**

Crónica de una tragedia anunciada. No basta con que los contratistas de prestación de servicios deban afrontar la nueva esclavitud, sino que ahora ni siquiera tienen certeza de cómo cotizar a seguridad social. La Corte Constitucional no en una sino en dos ocasiones llamó al Congreso de la República a que legislara sobre los aportes a seguridad social de los Contratistas de prestación de servicios.

25-000-2002-04144-01. M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; sentencia del 22 de julio de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1998-03894-01. M. P. Ibídem; y sentencia del 29 de abril de 2010. Exp. 05001-23-31-000-2000-04729-01. M. P. Ibídem.

<sup>7</sup> Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el documento Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional acerca de la configuración del contrato realidad, citando al Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2012. Exp. 76001-23-25-000-1999-00272-01(21181). M. P. Hernán Andrade Rincón. Igualmente en Corte Constitucional. Sentencia T-1143 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre.

<sup>8</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de 2000 septiembre 13 Sala Plena, Sentencia C-1185 Ref.: Exps. D-2852 y D-2864. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz.

<sup>9</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de 2000 septiembre 13 Sala Plena, Sentencia C-1185 Ref.: Exp. D-2852 y D-2864. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz.

Las Sentencias C-219 del 2019 y C-068 del 2020 le recordaron al Congreso que la situación de los contratistas debe ser objeto de una ley; y no se puede solucionar los problemas de los vacíos en las normas para la contratación de prestación de servicios, incluyendo un artículo en el PND-Plan Nacional de Desarrollo, porque son temas que requieren todo un debate y absoluta claridad sobre dos problemas puntuales:

- **Porcentaje de cotización para aportar al sistema seguridad social del contratista.**

- **Aplicar el pago de los aportes mes vencido para todos los contratistas de prestación de servicios.** Porque a la fecha solamente una parte de los Contratistas podían acceder a este beneficio dado que la DIAN entiende que los contratistas están al día cuando pagan anticipado y no mes vencido.

En la C-219 del 2019 la Corte Constitucional le dijo al Congreso que tiene dos legislaturas para legislar sobre el tema y hasta ahora nada:

RESUELVE: PRIMERO. Declarar INEXEQUIBLE el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Todos por un nuevo país*”, por infracción al principio de unidad de materia.

**SEGUNDO. Diferir los efectos de la inconstitucionalidad declarada hasta el vencimiento de las dos legislaturas ordinarias siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia.**

El pasado 20 de junio del 2022, finalizó el plazo que otorgó la Corte Constitucional al Congreso de la República para legislar sobre el tema, lo cual quiere decir que las normas que fueron declaradas inexequibles y que regulaban los aportes al sistema de seguridad social ya no están vigentes, por ende, los contratistas están en el limbo y más que decretos se requieren claridades legales definitivas. Todos los Gobiernos han incumplido desde la creación de la Ley 100 de 1993, con la necesidad de desarrollar una norma que les brinde claridades a los contratistas, en materia de la forma y porcentaje como deben aportar al sistema de seguridad social.

El artículo 18 de la Ley 1122 del 2007 (Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones), fue la primera norma con rango legal que reguló la mensualización del ingreso sobre una base del 40% del total del ingreso bruto para los trabajadores con contrato de prestación de servicios, sin embargo, el artículo fue derogado por el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015 “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*”.

El problema se pretendió resolver incluyendo en dos planes de desarrollo la solución, en el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Todos por un nuevo país*” y en el artículo 244 de la Ley 1955 de 2019 “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, “Pacto por Colombia,*

*pacto por la equidad*”, pero omitieron que esto no era viable por infracción al principio de unidad de materia. La Corte Constitucional ya señaló que esto no se puede hacer vía Plan Nacional de Desarrollo porque es un tema que no tiene unidad de materia con esta ley; y debe ser tratada en una ley independiente.

Adicionalmente, dentro de las normas que perdieron vigencia también están los decretos y demás normativas que fijaban las reglas para que los contratistas pagaran aportes mes vencido y no anticipado. De manera que ese tema está también en el limbo porque ahora quienes pudieron acceder al beneficio, ya no lo podrán hacer porque la norma y los decretos reglamentarios perdieron vigencia.

No han sido pocos los proyectos de ley que se presentaron para regular este tema referente al IBC de los contratistas y de diferentes partidos 099/2021C y 526/2021C sobre IBC CONTRATISTAS, más el proyecto de ley sobre condiciones dignas de los Contratistas de prestación de servicios que presenté en tres ocasiones; y que abordaba la necesidad de armonizar a todas las entidades para que los contratistas tuvieran más certezas y menos trámites para pagar sus aportes, proyectos que relaciono a lo largo de la parte motiva de esta exposición.

El debate de este proyecto de ley es clave para evitar que la incertidumbre se haga costumbre; y se articulen todas las entidades que tienen relación con el sistema de aportes a seguridad social, en tanto en general dichas normas tienen implicaciones fiscales y tributarias; y deben gestarse de forma armónica entre Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Salud, Ministerio del Trabajo, la UGPP y la DIAN bajo orientaciones de la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda, en los términos dados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

#### **Régimen de protección de los contratistas de prestación de servicios**

La lógica contractual prohíbe el abuso de la posición dominante; y en el caso de los contratantes en el contrato de prestación de servicios es clara su posición ventajosa que tienen frente a la negociación con el contratista. El establecimiento de un régimen de protección para los contratistas es garantía del cumplimiento de mínimos asociados a la dignidad de la labor prestada y la garantía de prevención de no menoscabar la primacía de la realidad, en tanto deja claras las implicaciones de la autonomía propia de los contratistas.

Acorde con la RAE, el trabajo es una ocupación retribuida, sin entrar a determinar la modalidad contractual mediante la que se vincula a quienes prestan el servicio. El artículo 53 de la Constitución consagra el denominado estatuto del trabajo que contiene una serie de principios mínimos fundamentales aplicables a todas las personas que desarrollen o presten servicios, y que se hacen más rigurosos en la medida en que quien preste los servicios se vincule mediante un contrato laboral, en tanto al mismo le son inherentes prerrogativas

derivadas de la condición de subordinación en la que se presta el servicio sin que ello sea óbice para no aplicar estas máximas en quienes se ocupen de prestar sus servicios sin ser subordinados, atendiendo al simple respeto de la dignidad humana que constituye una regla.

La Carta Política establece una serie de principios en el sentido de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales no se conviertan en meros enunciados abstractos carentes de eficacia, máxime si tenemos en cuenta que los derechos fundamentales legitiman el orden jurídico y son garantía esencial para el respeto a la dignidad humana.

En ese sentido el presente proyecto de ley pretende dignificar las condiciones de los contratistas de prestación de servicios en:

1. Cláusula Penal Obligatoria. Todo contrato de prestación de servicios que se encuentre dentro de los criterios de aplicación de la presente ley deberá incluir una cláusula penal en favor del contratista, de por lo menos un 10% del valor total del contrato, y será exigible cuando el contratante incumpla.
2. Cálculo del monto de los honorarios para el sector público. Para calcular el monto de los honorarios de los contratos de prestación de servicios de personas naturales, las entidades públicas deberán expedir por resolución una tabla en la cual se equiparen los montos de ingresos percibidos mensualmente por los servidores públicos de planta con respecto a los contratistas.
3. Garantía de no terminación anticipada. Los contratantes no podrán dar por terminado de forma anticipada los contratos de prestación de servicios que se encuentran en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud.
4. Cláusula de disfrute del descanso necesario. Los contratistas de prestación de servicios tendrán derecho a que dentro de su contrato de prestación de servicios se pacten 12 días hábiles de disfrute de descanso necesario por año de servicio, o proporcional al término pactado en el contrato de prestación de servicios.
5. Acceso a cajas de compensación familiar. Los contratistas de prestación de servicios tendrán derecho a que los contratantes los afilien a un plan de caja de compensación que ofrezca como mínimo acceso a beneficios.
6. Unificación y simplificación de la forma de cotización de los aportes a salud, pensión, riesgos profesionales y cajas de compensación familiar. Pago mes vencido y no anticipado en materia de aportes a seguridad social.
7. Incorporación del criterio antitrámites para la ejecución del contrato de prestación de servicios.
8. Pago a plazos justos.

En el caso del descanso necesario, el mismo tiene como objetivo esencial que quien vende su fuerza de trabajo recupere las energías y preserve su capacidad de desarrollar las actividades propias de su prestación remunerada, sin perjuicio que se dé mediante la modalidad de contrato de trabajo o de prestación de servicios, máxime si en este último caso el contratista tiene dedicación exclusiva a un solo contrato de prestación de servicios. Ignorar este derecho inherente a la dignidad implicaría validar consignas propias de la época de la de la esclavitud que fue proscrita en Colombia desde hace mucho tiempo.

Pese a lo anterior, la normativa no pretende equiparar la remuneración de las vacaciones consagrada en el derecho laboral sino que pretende instituir una práctica que se viene dando entre contratante y contratista, y se encuentra representada en la concesión de días para su descanso y disfrute. Es pertinente señalar que en el caso de las vacaciones en materia laboral existe el disfrute y la compensación en dinero siendo un factor salarial prestacional, en el caso del contrato de prestación de servicios lo que se pretende es que dicho descanso se contemple desde el inicio del contrato únicamente para su disfrute, y no dependa de la habilidad del contratista de negociación con el contratante sino que sea un derecho incluido en el contrato que no genera cargas prestacionales, en tanto nos encontramos frente a modalidades contractuales diferentes.

En efecto los cambios en las modalidades contractuales y la nueva dinámica del mercado laboral no puede implicar el abuso de la posición dominante de los contratantes ni el irrespeto a mínimos como el descanso y el trato digno. Es por ello que se consagró la obligatoriedad de la *Cláusula de disfrute del descanso necesario*, con el único objetivo que el contratante dentro de su contrato de prestación de servicios debe contemplar que el contratista requiere unos días para descansar y recuperar energía para mantener sus capacidades al 100%. Este derecho no puede ser compensado y no constituye un factor prestacional. Es clave entender que la dinámica de los contratos de prestación de servicios en el pago es diferente a la de los contratos laborales, en tanto los contratos de prestación de servicios parten de un monto total que se divide en pagos por entrega de productos que pueden o no ser mensuales mientras que el contrato laboral parte de la lógica del salario y la entrega de factores prestacionales.

El Decreto 917 de 1999 derogado por el artículo 6° del Decreto Nacional número 1507 de 2014, en su artículo 2° define la Capacidad Laboral: “Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual, definición ratificada por el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”.

En ese sentido es preciso señalar que la condición de salud es un término genérico que incluye las categorías de enfermedad sea esta aguda o crónica, trastorno, traumatismo y lesión. En una condición de salud pueden considerarse otras circunstancias como el embarazo, el envejecimiento o anomalías congénitas o predisposiciones genéticas<sup>10</sup>.

Por su parte la estabilidad reforzada tiene asiento tanto en el derecho laboral bajo la denominación de estabilidad laboral reforzada como en la modalidad de contrato de prestación de servicios bajo la denominación de estabilidad ocupacional reforzada, pero únicamente para aquellos individuos que se encuentren en unas determinadas condiciones. En tanto el objetivo perseguido por la Constitución es proteger el derecho que tiene la persona en situación de debilidad manifiesta, de que su vínculo contractual se mantenga para su situación especial y no sea objeto de circunstancias que la agravan, con fundamento en decisiones arbitrarias del contratante en el contrato de prestación de servicios, o el empleador en el contrato laboral.

La Corte Constitucional en Sentencia SU049/17 reseñó en relación con el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada que no se limita a quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, y en ese sentido manifiesta:

“La jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares”<sup>11</sup>.

“La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda”<sup>12</sup>.

En lo que atañe a la cobertura de las contingencias de los riesgos a la salud entre ellas incapacidades y licencias de maternidad-paternidad, las mismas en el caso de los contratistas de prestación de servicios se encuentran cubiertas por el aseguramiento que

<sup>10</sup> Universidad de La Sabana, semillero de derecho laboral y de seguridad social, podcast de fecha 14 de marzo de 2019.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU049/17 de 2 de febrero de 2017 M. P. María Victoria Calle Correa.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU049/17 de 2 de febrero de 2017 M. P. María Victoria Calle Correa.

realizan como independientes. Ahora bien, no resulta lógico que se informe la terminación del vínculo contractual mientras el contratista esté afectado por una incapacidad médica, máxime si por ejemplo el origen de los problemas de salud que ocasionaron estas incapacidades fue un accidente de carácter profesional suscitado en ejercicio de sus labores.

En lo que atañe a las implicaciones de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, de la Sala de lo Contencioso del 9 de septiembre de 2021 para los contratistas de prestación de servicios, vale la pena señalar que avanza en reiterar que tenemos un grave problema en la contratación pública, en tanto se encubren relaciones laborales bajo la figura del contrato de prestación de servicios, ello pese a:

- “1. Las constantes advertencias y recomendaciones de la Corte Constitucional para que los entes estatales cesen en “*el uso indiscriminado*” de la contratación por prestación de servicios, esta práctica no solo persiste, sino que se ha extendido.
2. La Organización Internacional de Trabajo (OIT), viene advirtiendo la expansión de esta actividad fraudulenta en varios ordenamientos, a través de la Recomendación 198 de 2006, invitó a los Estados miembros a reconocer y proteger los derechos de los trabajadores y a contribuir a la eliminación de las prácticas de empleo encubierto.
3. En el escenario nacional, y, particularmente, en el caso del contrato de prestación de servicios, la proliferación de demandas que alegaban el ocultamiento de relaciones laborales obligó a esta jurisdicción a desarrollar el concepto del “contrato realidad”<sup>13</sup>”.

El uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios constituye una violación sistemática de la Constitución, razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado.<sup>13</sup> (Negrilla fuera del texto original).

La celebración del contrato de prestación de servicios debe formalizarse a través de las modalidades de la contratación directa, pues así lo dispone el artículo 2, numeral 4, literal h), de la Ley 1150 de 2007. La Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública.

Características de los contratos estatales de prestación de servicios.

- Solo puede celebrarse por un “término estrictamente indispensable” y para desarrollar

“actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

- Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades “no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”.
- El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que “En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales”.

En lo que atañe a la duración de los contratos, al término estrictamente indispensable: en el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales debe haber unos estudios previos; el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. El objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por “la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada”.

“Término estrictamente indispensable” como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que, de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento”.<sup>14</sup>

En lo que se refiere a la solución de continuidad, la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como “una camisa de fuerza” que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del

<sup>13</sup> Sentencia de unificación del Consejo de Estado, de la Sala de lo Contencioso del 9 de septiembre de (2021) para los contratistas de prestación de servicios.

<sup>14</sup> Sentencia de unificación del Consejo de Estado, de la Sala de lo Contencioso del 9 de septiembre de (2021) para los contratistas de prestación de servicios.

plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

**SON 30 DÍAS PORQUÉ:** Cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. Su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del “contrato realidad” el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución.

Ahora bien en materia de seguridad social vale la pena señalar que el Ministerio de Salud en radicado 20190000973221 al referirse a los derechos para reclamar incapacidades, licencias de maternidad o paternidad de contratistas de prestación de servicios que aportan como independientes reseñó que para el caso adquiere la figura de trabajador independiente, y su cotización al Sistema General de Seguridad Social en salud y pensiones **lo realizará mes vencido sobre el mínimo el 40% del valor mensualizado del o los contratos.**

En lo que a atañe a la licencia de maternidad el artículo 2.1.13.1 del Decreto número 780 de 2016 “Decreto único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, señala:

“Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

En los casos en que, durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para

efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC”.

Por su parte en el artículo 2.1.13.3. del Decreto número 780 de 2016 se reglamenta:

“Licencia de maternidad de la trabajadora independiente con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. Cuando la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea de un salario mínimo mensual legal vigente haya cotizado un período inferior al de gestación tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad conforme a las siguientes reglas:

1. Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia.
2. Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos procederá el pago proporcional de la licencia en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan frente al período real de gestación”.

En lo que atañe a la licencia de paternidad, el artículo 2.1.13.3 del mencionado Decreto reseña:

“Licencia de paternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de paternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que el afiliado cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación de la madre y no habrá lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación.

En los casos en que durante el período de gestación, el empleador del afiliado cotizante o el trabajador independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones habrá lugar al reconocimiento de la licencia de paternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC”.

Por su parte en lo referente a las incapacidades por enfermedad general la reglamentación reseña:

“Artículo 2.1.13.4: Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas.

No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema

General de Seguridad Social en Salud, cuando estas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones”.

En cuanto al pago de las incapacidades de origen común la normativa reglamentaria reseña:

“Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto ley 1281 de 2002.

Parágrafo 2°. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar”.

Es pertinente manifestar que con ocasión del aseguramiento los independientes tienen derecho a disfrutar de los riesgos que aseguran, y en ese sentido no sería justo que su contratante utilizara su situación desfavorable para justificar la terminación de su relación contractual, máxime cuando el riesgo ni siquiera es asumido por el contratante.

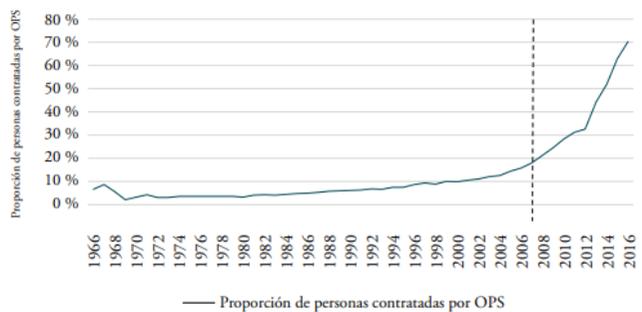
**Prevención del daño antijurídico contra el Estado**

Acorde con respuesta a derecho de petición de Función Pública, según la información reportada por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, quien es la entidad encargada de administrar el Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP, con fecha de corte 30 de septiembre de 2021, 435.613 contratistas de prestación de servicios tienen un contrato activo con el Estado.

“Los datos de empleo de la última década reflejan el aumento en la proporción de personas contratadas

por Órdenes de Prestación de Servicios (OPS) por año de inserción al mercado laboral en el sector público. Mientras que dentro del grupo de quienes ingresaron al mercado laboral en 2007 solo 20 % se vinculó mediante un contrato OPS, en 2017 esa proporción se elevó a 70% (ver figura 1)”<sup>15</sup>.

**Figura 1.** Porcentaje de personas contratadas por OPS de acuerdo con el año al que ingresan al mercado laboral

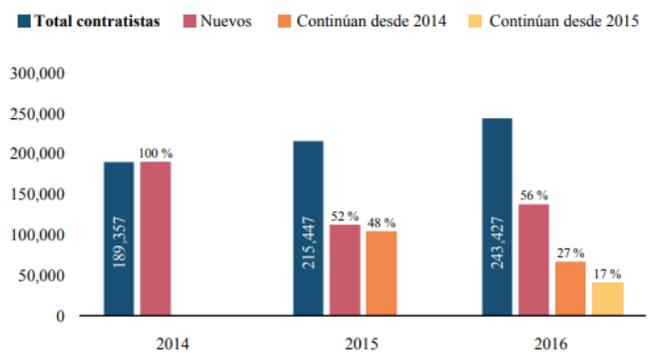


Fuente: elaboración propia con datos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares 2008-2017

El régimen de protección de los derechos de los contratistas de prestación de servicios configura, sin duda, un avance significativo en materia de protección al individuo vinculado mediante esta modalidad, y determina sus características propias para generar conciencia sobre la ineficacia de la celebración de contratos que atenten contra el principio de primacía de la realidad y encubren relaciones laborales junto con sus graves consecuencias a nivel disciplinario y pecuniario.

“De acuerdo con estadísticas de Colombia Compra Eficiente la contratación aumenta de forma dramática en el sector público”<sup>16</sup>.

**Figura 2.** Contratos por prestación de servicios 2014, 2015 y 2016



Fuente: elaboración propia con datos de Colombia Compra Eficiente

“Un indicador de las diferencias entre los trabajadores y los contratistas de prestación de servicios puede ser dada por la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) entre 2008 y 2017, encuesta aplicada mensualmente a un grupo representativo de hogares, la posibilidad de tener contrato por prestación de servicios era baja para la población en general, mientras que después de 2007 se experimenta un aumento y este es diferencial por nivel educativo”.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Ibidem.

“Diferencias en calidad del empleo por tipo de contrato en el sector público colombiano en promedio, ser contratista disminuye 37% el salario bruto mensual devengado con respecto a tener un contrato de planta. Esta brecha, en términos de salario, aumenta una vez se aplican los descuentos para prestaciones sociales, teniendo en cuenta que los contratistas deben asumir el pago de las prestaciones y no tienen primas ni bonificaciones como en el caso de otros tipos de contrato”. “En promedio, encontramos que los contratistas trabajan cinco horas menos a la semana frente a quienes tienen un contrato de planta; además, ser contratista aumenta la probabilidad de tener un trabajo secundario”<sup>17</sup>.

**Tabla 1.** Efectos de la contratación por prestación de servicios en la calidad del empleo en el sector público colombiano

| Variables                       | OPS-MC2E  | Error estándar |
|---------------------------------|-----------|----------------|
| (1) Log salario mensual         | -0,379*** | (0,045)        |
| (2) Horas trabajadas            | -5,058**  | (2,191)        |
| (3) Trabajo secundario          | 0,111***  | (0,025)        |
| (4) Conformidad tipo contrato   | -0,0393   | (0,035)        |
| (5) Desea cambiar de trabajo    | 0,268***  | (0,041)        |
| (6) Satisfecho con trabajo      | -0,277*** | (0,036)        |
| (7) Satisfecho con beneficios   | -0,779*** | (0,061)        |
| (8) Satisfecho con jornada      | -0,488*** | (0,052)        |
| (9) Empleo estable              | -0,503*** | (0,051)        |
| (10) Compatibilidad con familia | -0,104*   | (0,057)        |

\* valor-p < 0,10; \*\* valor-p < 0,05; \*\*\* valor-p < 0,01

Fuente: elaboración propia con datos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares 2008-2017

**Una vez consultado el Ministerio del Trabajo, es posible determinar que a la fecha no existe una autoridad competente para atender las quejas correspondientes a los abusos de quienes contratan por prestación de servicios, y que el tema de declaración del contrato realidad ante un intento por disfrazar una relación subordinada bajo el manto de la modalidad contractual de contrato de prestación de servicios sólo tiene la vía judicial, lo que de plano hace de difícil acceso a la garantía de los derechos de los individuos atendiendo los costos que implica activar el aparato judicial y la larga duración de los procesos, menoscabando los derechos de los contratistas.**

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se creó mediante la Ley 1444 de 2011, y su objetivo es la estructuración, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación encaminada a la reducción de la responsabilidad patrimonial.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

Las problemáticas planteadas se hacen evidentes al indagar con la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el número de procesos existentes en materia laboral y laboral administrativo en contra del Estado, cuya pretensión principal es la declaratoria de contrato realidad, en atención a que se vincularon personas mediante la modalidad de prestación de servicios disfrazando verdaderas relaciones laborales. Al realizar la consulta en el Sistema Único de Gestión Información de la Actividad Litigiosa del Estado- eKOGUI, con corte al 31 de agosto de 2021, se identificaron un total de 17.049 procesos contra el Estado relacionados con contratos realidad.

En ese sentido, la agencia señala que, de los procesos anteriormente mencionados, 7.736 se encuentran activos (45%) y 9.313 terminados (55%). Entre los procesos terminados, 5.986 terminaron por ejecutoria de la sentencia, de los cuales 3.263 fueron desfavorables para el Estado (tasa de pérdida acumulada de 55%). Las presentaciones de **los procesos terminados por ejecutoria con resultado desfavorable para el Estado ascienden a \$378.304 millones.**

Se puede determinar un ranking de entidad por número de procesos, a saber:

**Tabla 1**  
ACTIVOS - RANKING SEGÚN NÚMERO DE PROCESOS

| # | Entidad  | Nº Procesos | Suma Pretensión indexada (millones) | Porcentaje Número procesos | Porcentaje Pretensiones |
|---|--|-------------|-------------------------------------|----------------------------|-------------------------|
| 1 | SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE                           | 1.176       | \$206.525                           | 15%                        | 21%                     |
| 2 | INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - NIVEL CENTRAL | 906         | \$97.382                            | 12%                        | 10%                     |
| 3 | PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACION   | 801         | \$90.231                            | 10%                        | 9%                      |
| 4 | PAR CAPRECOM LIQUIDADO                                     | 748         | \$87.624                            | 10%                        | 9%                      |
| 5 | DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL                   | 540         | \$62.907                            | 7%                         | 6%                      |

Fuente: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Derecho de petición 2021.

En cuanto al ranking acorde con las pretensiones encontramos la siguiente tabla:

**Tabla 2**  
ACTIVOS - RANKING SEGÚN PRETENSIONES

| # | Entidad  | Nº Procesos | Suma Pretensión indexada (millones) | Porcentaje Número procesos | Porcentaje Pretensiones |
|---|--|-------------|-------------------------------------|----------------------------|-------------------------|
| 1 | SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE                           | 1.176       | \$206.525                           | 15%                        | 21%                     |
| 2 | INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - NIVEL CENTRAL | 906         | \$97.382                            | 12%                        | 10%                     |
| 3 | PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACION   | 801         | \$90.231                            | 10%                        | 9%                      |
| 4 | PAR CAPRECOM LIQUIDADO                                     | 748         | \$87.624                            | 10%                        | 9%                      |

**Fuente: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Derecho de petición 2021.**

El 24 de mayo de 2019 se suscribió el Acuerdo Nacional entre el Gobierno y las Organizaciones sindicales de empleados públicos, y como resultado de esto se acordó reglamentar el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 909 de 2004 para señalar

criterios orientadores que permitan mantener actualizadas las plantas de personal. Adicional a eso, se ordenó crear una mesa de trabajo que tendrá por finalidad revisar cuál es la situación actual de las plantas de personal de las entidades a tratar dentro del cronograma, la cual se reglamenta a través de la adición del capítulo 4 al título I de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se desarrolló lo relacionado con la actualización de plantas globales de empleo.

El Gobierno Duque avanzó en el tema de plantas de personal, en tanto expidió el Decreto 1800 del 7 de octubre de 2019 para actualizar las plantas globales de empleo, donde creó además una mesa con los trabajadores para identificar las entidades y organismos del ejecutivo del orden nacional que presenten un número significativo de contratistas de prestación de servicios e ir normalizándolos.

Siguiendo con lo anterior, dentro de ese decreto se ordena crear la mesa técnica bipartida *por el empleo público, la actualización/ampliación de las plantas de empleo, la reducción de los contratos de prestación de servicios y garantizando el trabajo digno y decente*. Esta mesa de trabajo busca identificar cuáles son las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional que presentan un número significativo de contratos de prestación de servicios y de esta forma adoptar un cronograma de tareas, responsabilidades y fechas para que en el término de 3 años, de forma progresiva se continúe dando cumplimiento a los acuerdos colectivos sindicales suscritos en el año 2013 (punto 17), 2015 (punto 1) y 2017 (punto 1.1), entorno a la temática de actualización/ampliación de plantas de empleo.

La Mesa Técnica Bipartida tiene las siguientes funciones:

1. Elaborar un cronograma para identificar las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional que deben adelantar un proceso de actualización/ampliación de su planta de empleos, en razón a que cumplen funciones a través de contratos de prestación de servicios.
2. Solicitar a las entidades los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos y sus fuentes de financiación.
3. Instar a las entidades la actualización o ampliación de sus plantas de empleo.
4. Elaborar informes de seguimiento de la actualización de las plantas de empleo.
5. Expedir su propio reglamento.

#### **Integrantes de la Mesa Bipartida:**

1. El (la) Ministro(a) del Trabajo, o su delegado(a), quien la presidirá.

2. El (la) Ministro(a) de Hacienda y Crédito Público, o su delegado (a).
3. El (la) Director (a) del Departamento Administrativo de la Función Pública, o su delegado (a).
4. El director (a) del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado(a).
5. Ocho representantes de las organizaciones sindicales, uno por cada Central Sindical: CUT, CGT, CTC, UTC, CNT, CSPC, CTU y uno por la federación ÚNETE, firmantes del Acuerdo Marco Estatal de empleados públicos o su suplente.

#### **Nota:**

- Los integrantes de la mesa podrán delegar su participación en servidores del nivel directivo.
- La mesa puede invitar representantes legales de otras entidades u organismos de la Rama ejecutiva nacional, al Fiscal General de la Nación, al Procurador General de la Nación, Contralor General de la Nación, al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil o su delegado.
- Las mesas de trabajo se instalarán en las Entidades Territoriales con la participación de las organizaciones sindicales similares a la mesa nacional. En los planes de desarrollo territoriales podrán estar contenidas la actualización/ampliación de las plantas de empleo como fundamento constitucional de coordinación.
- El Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio del Trabajo y los 2 voceros en representación de las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo Sindical 2019 ejercerán la secretaría técnica de la mesa.

**Alcance de las decisiones de la Mesa Técnica Bipartida:** Esta emitirá recomendaciones técnicas y normativas de alto nivel para la toma de decisiones, que podrán ser tenidas en cuenta si se dan las condiciones para su implementación.

**Sesiones de la Mesa Técnica Bipartida:** La mesa se reunirá de forma presencial cada 15 días durante los primeros 6 meses, vencido el sexto mes se reunirá cada mes ordinariamente, previa convocatoria realizada por la Secretaria Técnica y, extraordinariamente, a solicitud de cualquiera de los miembros.

Cabe resaltar que el Acuerdo Nacional Estatal 2019 tiene una vigencia de 2 años, no obstante, la mesa técnica establecerá un cronograma de trabajo para los próximos 3 años.

Acorde con respuesta del Ministerio del Trabajo a derecho de petición del 2021, se reseña que, con corte a 30 de abril de 2021, se tienen los siguientes avances en cuanto a creación de empleos con respecto a 37 entidades,

| TABLA 1. Formalización o creación de empleos a la fecha en entidades priorizadas por la mesa del Decreto 1800 de 2019 |   |         |
|---|---|---------|
| No.   | Entidad   | Empleos |
| 1   | Agencia Nacional de Tierras – ANT                   | 90      |
| 2   | Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA  | 428     |
| 3   | Consejo Superior de la Judicatura                   | 131     |
| 4   | Contraloría General de la República                 | 2.325*  |
| 5   | Defensoría del Pueblo                               | 21*     |
| 6   | Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario       | 2.800*  |
| 7   | Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio         | 5       |
| 8   | Ministerio TIC                                      | 201     |
| 9   | Parques Nacionales Naturales                        | 7       |
| 10  | Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil | 180*    |
| 11  | Unidad Administrativa Especial Migración Colombia   | 83*     |
| 12  | Escuela Superior de Administración Pública - ESAP   | 120     |
| 13  | Instituto Geográfico Agustín Codazzi - IGAC         | 71      |
| TOTAL   |   | 6.462   |

\*Empleos creados en la planta de las entidades

| TABLA 2. Formalización de empleos en entidades del orden nacional que no fueron priorizadas por la mesa del Decreto 1800 de 2019 (año 2020) |  |         |
|---|--|---------|
| No.   | Entidad  | Empleos |
| 1   | Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente             | 104     |
| 2   | Comisión de Regulación de Comunicaciones   | 26      |
| 3   | Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios                             | 692     |
| 4   | Unidad Administrativa Especial de Alimentación Escolar – Alimentos para Aprender | 60      |
| 5   | Ministerio de Hacienda y Crédito Público   | 20      |
| 6   | Departamento Administrativo de la Función Pública                                | 58      |
| 7   | Superintendencia de Industria y Comercio   | 19      |
| 8   | Agencia de Renovación del Territorio - ART                                       | 11      |
| TOTAL   |  | 990     |

De conformidad con el informe presentado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, se han creado y formalizado 7.452 empleos.

En consecuencia, es necesario señalar que se deben encaminar medidas afirmativas, con el propósito de fortalecer las acciones derivadas de esta normativa, y entregarles más posibilidades a las entidades públicas para formalizar a sus trabajadores.

### Responsabilidad Disciplinaria por encubrimiento de relaciones laborales

El encubrimiento de relaciones laborales con el Estado a través de contratos de prestación de servicios por parte de servidores públicos es una práctica identificada y sancionada por el derecho disciplinario en Colombia como una falta gravísima. Así está establecido tanto en el numeral 29 del artículo 48 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), como en el artículo 52 del nuevo Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019).

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional<sup>18</sup>, la tipificación de esta conducta como falta disciplinaria gravísima tiene fundamento, en primer lugar, en que el generar relaciones laborales en el marco de un contrato de prestación de servicios desconoce el régimen de contratación estatal que no permite la subordinación del contratista.

Por otro lado, esta conducta contraría disposiciones constitucionales sobre función pública como lo son que no existe empleo público sin funciones detalladas en la ley o el reglamento (art. 122), la obligatoria sujeción a la Constitución,

la ley y el reglamento de los servidores públicos (art. 123), el cumplimiento previo de los requisitos y condiciones para el ingreso a los cargos de carrera (art. 125), y la determinación que debe hacer la ley sobre la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (art. 124).

En este sentido, esta conducta también vulnera el régimen laboral del Estado, debido a que promueve la vinculación de personal desconociendo el régimen de ingresos a la función pública, propiciando además distintos tratamientos salariales y prestacionales, lo que a toda luz es una vulneración de los derechos de los trabajadores.

Igualmente, esta práctica no permite la observancia del régimen presupuestal debido a que se establecen cargos que no están considerados dentro de la correspondiente planta de personal, por lo que no se pueden planificar las partidas presupuestales que deberían efectuarse.

Por último, la vinculación mediante contrato de prestación de servicios como forma de encubrir relaciones laborales con el Estado, genera un grave detrimento patrimonial debido a que todas estas relaciones laborales formadas en virtud del principio de primacía de la realidad, generan demandas y condenas al Estado colombiano por el pago de prestaciones e indemnizaciones laborales que ascienden a altas sumas de dinero.

Con todo esto, se hace necesario que las entidades públicas que son condenadas por encubrimiento de relaciones laborales puedan ejercer la acción de repetición contra los funcionarios públicos que, tras la realización de un proceso disciplinario con todas las garantías legales y constitucionales, demuestre su responsabilidad en la generación de la relación laboral, a pesar de la formalidad del contrato de prestación de servicios. Esto además permitirá desincentivar el uso de esta figura contractual como un instrumento para desconocer los derechos de los trabajadores.

### Conflicto de Intereses - Artículo 291 Ley 5ª de 1992 (ANEXO).

De los Honorables Congresistas,



ANGÉLICA LOZANO CORREA  
SENADORA DE LA REPÚBLICA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ NIETO  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



REPRESANTANTE A LA CÁMARA POR  
ATLÁNTICO  
COALICIÓN PACTO HISTÓRICO

JUAN CARLOS GARCÍA GÓMEZ  
PARTIDO CONSERVADOR



DAVID LUNA  
Senador de la República



MARÍA FERNANDA CARRASCAL R.  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
COALICIÓN PACTO HISTÓRICO

<sup>18</sup> Sentencia C - 094 de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño.



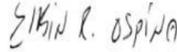
ANA PAOLA AGUDELO GARCÍA  
SENADORA DE LA REPÚBLICA  
PARTIDO POLÍTICO MIRA



IVÁN LEONIDAS NAME VASQUEZ  
SENADOR DE LA REPÚBLICA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



FABIÁN DÍAZ PLATA  
SENADOR DE LA REPÚBLICA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



ELKIN RODOLFO OSPINA OSPINA  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



CAROLINA GIRALDO BOTERO  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
RISARALDA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



CRISTIAN DANILO AVENDAÑO FINO  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
SANTANDER  
PARTIDO ALIANZA VERDE



JUAN DIEGO MUÑOZ CABRERA  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
EL META  
PARTIDO ALIANZA VERDE



DANIEL CARVALHO MEJÍA  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
ANTIOQUIA



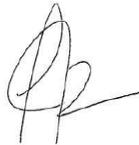
DUVALIER SÁNCHEZ ARANGO  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
EL VALLE DEL CAUCA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



SANTIAGO OSORIO MARIN  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
COALICIÓN ALIANZA VERDE - PACTO  
HISTÓRICO



JAIME RAÚL SALAMANCA TORRES  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
BOYACÁ  
PARTIDO ALIANZA VERDE



ALEJANDRO GARCÍA RÍOS  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
RISARALDA  
PARTIDO ALIANZA VERDE



JUAN SEBASTIÁN GÓMEZ GONZÁLEZ  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR  
CALDAS  
NUEVO LIBERALISMO



CATHERINE JUVINAO CLAVIJO  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA  
PARTIDO ALIANZA VERDE

**REFERENCIAS.**

Becerra Óscar, González María Alejandra y Sanabria Pulido Pablo. Nota Política N° 35. ¿Cómo mejorar y racionalizar la contratación por prestación de servicios en el sector público en Colombia? Una mirada desde la calidad del empleo. Universidad de los Andes. Noviembre de 2019. ISSN 2027- 7199.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional acerca de la configuración del contrato realidad.

Universidad de La Sabana, semillero de derecho laboral y de seguridad laboral, podcast de fecha 14 de marzo de 2019.

Organización Internacional del Trabajo OIT R198 - Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198).

**Jurisprudencia**

Sentencia de la Corte Constitucional de 2000. Septiembre 13 Sala Plena, Sentencia C-1185 Ref.: Exps. D-2852 y D-2864. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T-1143 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre.

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de julio de 2007. Exp. 44001-23-31-000-2001-00134-01. M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de junio de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2002-04144 01. M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Consejo de Estado, Sección Segunda. sentencia del 1° de marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00344-01. M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Corte Constitucional, Sentencia SU-049/17 de 2 de febrero de 2017 M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 17 de julio de 2019. Rad 73707. M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Sentencia de unificación del Consejo de Estado, de la Sala de lo Contencioso del 9 de septiembre de (2021) para los contratistas de prestación de servicios.

**ANEXO: Exposición de motivos - Conflicto de Intereses (Artículo 291 Ley 5ª de 1992)**

El artículo 183 de la Constitución Política consagra a los conflictos de interés como causal de pérdida de investidura. Igualmente, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 establece el régimen de conflicto de interés de los congresistas.

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, para que se configure el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura deben presentarse las siguientes condiciones o supuestos:

- (i) Que exista un interés directo, particular y actual: moral o económico.
- (ii) Que el congresista no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que se ha de tomar.
- (iii) Que el congresista no haya sido separado del asunto mediante recusación.
- (iv) Que el congresista haya participado en los debates y/o haya votado.

- (v) Que la participación del congresista se haya producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento.

En cuanto al concepto del interés del congresista que puede entrar en conflicto con el interés público, la Sala ha explicado que el mismo debe ser entendido como “una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen” y como “el provecho, conveniencia y utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicado 66001-23-33-002-2016-00291-01(PI), sentencia del 30 de junio de 2017).

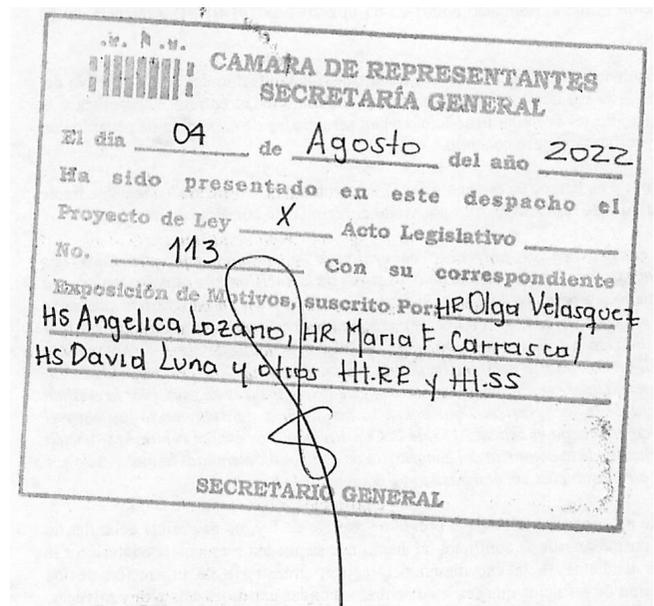
De acuerdo con la Sentencia SU-379 de 2017, no basta con la acreditación del factor objetivo del conflicto de intereses, esto es, que haya una relación de consanguinidad entre el congresista y el pariente que pueda percibir un eventual beneficio. Deben ser dotadas de contenido de acuerdo con las circunstancias específicas del caso concreto.

La Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2000 afirmó lo siguiente frente a la pérdida de investidura de los Congresistas por violar el régimen de conflicto de intereses:

*El interés consiste en el provecho, conveniencia o utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto. Así, no se encuentra en situación de conflicto de intereses el congresista que apoye o patrocine el proyecto que, de alguna manera, redundaría en su perjuicio o haría más gravosa su situación o la de los suyos, o se oponga al proyecto que de algún modo les fuera provechoso. En ese sentido restringido ha de entenderse el artículo 286 de la Ley 5ª de 1991, pues nadie tendría interés en su propio perjuicio, y de lo que trata es de preservar la rectitud de la conducta de los congresistas, que deben actuar siempre consultando la justicia y el bien común, como manda el artículo 133 de la Constitución. Por eso, se repite, la situación de conflicto resulta de la conducta del congresista en cada caso, atendidas la materia de que se trate y las circunstancias del congresista y los suyos.[...]”2.*

Teniendo en cuenta lo anterior, con relación al presente proyecto de ley, no es posible delimitar de

forma exhaustiva los posibles casos de conflictos de interés que se pueden presentar con relación a la creación de medidas tendientes a la expedición del régimen transitorio de protección de los contratistas de prestación de servicios que celebren contratos con las entidades estatales y privadas, **sin embargo, dado que son derecho en favor del interés general, tener un contrato de prestación de servicios o familiares vinculados bajo esta modalidad en ninguna instancia genera un conflicto de intereses del Congresista con el Proyecto.**



**CONTENIDO**

Gaceta número 963 - Jueves, 25 de agosto de 2022  
 CÁMARA DE REPRESENTANTES  
 PROYECTOS DE LEY

|  | Págs. |
|--|-------|
| Proyecto de ley número 108 de 2022 cámara,m por el cual se crea el Régimen de Tratamiento Penal Alternativo para la Seguridad y la Convivencia Ciudadana.....  | 1     |
| Proyecto ley número 111 de 2022 Cámara, por medio del cual se generan incentivos tributarios al sector agropecuario .....  | 20    |
| Proyecto de ley número 112 de 2022 Cámara, por medio del cual se establecen condiciones y requisitos especiales para el transporte de fauna silvestre rescatada o decomisada. ....   | 24    |
| Proyecto de ley número 113 de 2022 Cámara, por medio de la cual se busca proteger a los contratistas de prestación de servicios y se dictan otras disposiciones para evitar el encubrimiento de relaciones laborales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en el sector público y la modernización estatal de las plantas de personal..... | 42    |