

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Luis Javier Moreno Ortiz.

Los trabajos de investigación adelantados en torno al derecho fundamental al acceso a la información pública, que pueden consultarse en el Boletín 19 del Instituto de Estudios Constitucionales, motivaron a los miembros del Instituto a discutir sobre la posibilidad de plantear un borrador de trabajo de lo que sería un eventual proyecto de ley.

El fecundo ejercicio intelectual que significó escuchar las interesantes y meditadas opiniones vertidas, unido a la necesidad de no dejar en suspenso, o entre comillas, al modo de la fenomenología de Husserl, el asunto, que es tan importante, ha motivado la siguiente propuesta de proyecto de ley estatutaria sobre acceso a la información pública. Más que un texto definitivo, el documento que aparece enseguida pretende ser un referente para el necesario e inaplazable debate que sobre esta materia debe darse, en especial en momentos en los que se comienza a hablar de administración transparente, de urna de cristal y de rendición de cuentas de las autoridades a los ciudadanos.

PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA QUE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Por la cual se regula el derecho a acceder a la información pública, establecido en el artículo 74 de la Constitución Política, en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 1º. Definición. Toda persona tiene derecho a acceder a la información pública, salvo las restricciones establecidas de manera expresa en la ley.

Artículo 2°. Naturaleza. El derecho a acceder a la información pública es un derecho fundamental, que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

Artículo 3°. Hermenéutica. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de la máxima publicidad. Las normas que lo restringen deben ser interpretadas de manera restrictiva, y toda limitación debe estar adecuadamente motivada.

Artículo 4°. Interés y gratuidad. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o de justificar su utilización, tendrá acceso libre y gratuito a la información pública.

Artículo 5°. Obligatoriedad. En virtud del principio de transparencia que debe regir las actuaciones públicas, toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo, nacional, departamental, distrital, municipal, y de sus entidades descentralizadas, es pública. En consecuencia, las anteriores autoridades, órganos y organismos, deberán publicar en medios informáticos, en especial en su propia página web, dicha información.

Artículo 6°. Restricciones. El derecho a acceder a la información pública sólo podrá ser restringido por la ley de manera precisa y clara, en caso de que la restricción sea necesaria y proporcional para asegurar: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

La ley establecerá con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva, las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, las autoridades que pueden aplicarla y los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas.

Artículo 7°. Prohibiciones. Se prohíbe restringir o negar el derecho a acceder a la información pública, por vías o medios directos o indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares

de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Artículo 8°. Barreras al acceso. Ninguna autoridad, entidad, órgano u organismo podrá imponer o establecer barreras al acceso a la información pública, tales como el cobro de impuestos, tasas, contribuciones o cualquier otro emolumento.

Artículo 9°. Oponibilidad de la reserva. La reserva puede ser oponible a los ciudadanos pero no puede convertirse en una barrera para impedir el control intra o interorgánico, jurídico y político, de las decisiones y actuaciones públicas de que da cuenta la información reservada. En este sentido, la exigencia de motivación de la decisión de no entregar una información “reservada” tiene como uno de sus propósitos principales facilitar el control judicial de dicha decisión.

Artículo 10°. Responsabilidad. El no publicar la información pública de manera oportuna y en tiempo real, el impedir u obstruir el acceso a la información pública o el imponer o establecer barreras a dicho acceso, constituye causal de mala conducta del servidor público responsable.

Artículo 11°. Temporalidad de la reserva. La información reservada, conforme a los precisos términos de esta ley, tiene una reserva temporal, que será la fijada en la correspondiente ley. En ningún caso el término de la reserva será superior a veinte (20) años.

Durante el periodo amparado por la reserva la información debe ser adecuadamente custodiada de forma tal que resulte posible su posterior publicidad. La pérdida o deterioro de los documentos en los que reposa esta información puede dar lugar a sanciones disciplinarias y penales. Por ello, las entidades que custodian la información y los organismos de control deben asegurarse de que dicha información se encuentre adecuadamente protegida.

Artículo 12°. Apoyo técnico. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Gobierno Nacional

deberá realizar todas las gestiones y labores, presupuestales y técnicas, para la implementar lo concerniente a la publicación en internet de toda la información pública. En desarrollo de esta tarea, deberá brindar el apoyo que sea necesario a toda autoridad, entidad, órgano u organismo que lo requiera. Cumplido ese plazo, todas las autoridades, órganos y organismos, deberán publicar de manera oportuna y en tiempo real la información pública.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Estado, y en especial la Administración Pública, son referentes ineludibles para la expresión de los ciudadanos y para la prensa, dentro del ejercicio de la política. En las democracias las decisiones políticas no pueden ser tomadas de manera oculta, por unos pocos, así se trate de una minoría calificada, sin conocimiento o de espaldas a las mayorías. La forma de enterar a esas mayorías y de brindarles la oportunidad de participar en el proceso político es la publicación de toda la información que sea necesaria para tomar las decisiones políticas.

El documento público reduce considerablemente el margen de acción de la corrupción, de la componenda y de la trapisonda. En la medida en que el acceso de las personas a la información pública sea restringido o sea dificultado hasta hacerlo imposible, muy poca gente se enterará en realidad de lo que la Administración hace y deshace. Las barreras a este acceso crean una cortina de ignorancia que impide el cuestionamiento, la crítica y el control, y generan la tentación de obtener beneficios individuales o particulares de la cosa pública.

Todos los Estados y las Administraciones en el mundo de hoy parecen estar afectados, en mayor o en menor medida, del cáncer de la corrupción. No es insólito descubrir diariamente la comisión de fraudes y de otras muchas faltas, por las autoridades públicas o los funcionarios. Tampoco es extraño encontrar que el soborno, las coimas y el sacar ventajas indebidas, son instrumentos usuales, y para algunos necesarios, en el mundo empresarial.

La oscuridad de lo público, propiciada por la imposibilidad de acceder a la información pública, por los medios más eficaces y

expeditos, a todos aquellos que quieran hacerlo, propicia y favorece la corrupción.

El silencio que nace de la ignorancia, genera impunidad. Este lamentable estado de cosas hace necesario considerar, como en su momento lo hicieron ejemplarmente las democracias nórdicas, que el principio de la transparencia es un elemento cardinal dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho y dentro de una Administración Pública comprometida con el bienestar general.

La transparencia y la publicidad son dos principios jurídicos reconocidos por el derecho y la jurisprudencia en el plano interamericano, y en el plano nacional.

Tanto el principio de transparencia como el de publicidad son, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional de Colombia, elementos indispensables para el ejercicio político democrático, la lucha contra la corrupción y el debate público de los asuntos comunes. Dichos principios se concretan especialmente en el derecho de acceso a la información pública.

Existe una marcada tendencia mundial, al menos en las democracias, a consagrar el derecho de acceso a la información pública como una garantía fundamental para el ejercicio del poder político en términos públicos y participativos.

El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública han tenido un interesante desarrollo en los últimos años. El modelo escandinavo de administración de cristal, en el cual todos los ciudadanos podían ver, sin interferencia ni amaño, los movimientos de las manos de los funcionarios en el manejo de la cosa pública, muy pronto ganó prestigio como referente para los demás países.

Es una creencia muy popular, aunque no siempre justificada, la de que quien oculta algo, o lo esconde, ha actuado mal o reprobablemente. Parecería que los seres vivos tratan de ocultar aquello que no los enorgullece. La ocultación refleja una especie de vergüenza, de pena.

La revelación de lo que ocultamos, el descubrimiento de la verdad, suele ser visto como una tragedia, pues implica consecuencias: una posible confrontación, crítica, debate y, quizá, un cambio. Suele creerse que quien ha obrado bien no tiene nada que ocultar, pues no tiene nada que temer.

La ocultación, que a veces es sospechosa en lo privado, aunque siempre respetable por estar protegida por el derecho a la intimidad, es nefasta en lo público. Hacer público lo privado es una infracción tan grave como hacer privado lo público, con la diferencia de que en el segundo caso esta trasgresión es mucho más difícil de advertir. Así, pues, tiene sentido que la información privada le pertenezca solamente a cada uno, como lo ha garantizado históricamente el derecho a la intimidad, recientemente ampliado por el derecho a la protección de datos. Pero también lo tiene que la información pública, que a todos nos concierne, nos pertenezca a todos, como pretende garantizarlo el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FUERO MILITAR EN COLOMBIA

Ernesto Lucena Barrero

Nuestra Justicia militar es una herencia de la legislación española. Una vez ocupado nuestro territorio, los generales del Ejército y la Armada españoles hicieron uso de la jurisdicción Militar, la cual comprendía tanto los hechos relacionados con el servicio, como las conductas punibles de tipo común. El único requisito para la aplicación del fuero Militar era el hacer parte de las filas de las Fuerzas españolas.

Así, a finales del Siglo XVII, Carlos III, al promulgar las Ordenanzas que reestructurarían el ejército, dio origen al fuero militar, por medio del Decreto Real del 9 de Febrero de 1793, que estableció:

“Los jueces y tribunales que hayan incurrido en competencias enviarán los expedientes a la jurisdicción militar en tal forma que sus tribunales pueden proceder de conformidad con la ordenanza en caso de infracciones militares, en el interés de una acción oportuna los funcionarios pueden arrestar individuos de mis ejércitos, pero una vez iniciado el sumario del caso, deberá ser remitido inmediatamente, junto con el prisionero, al juez militar más cercano”¹.

En el período de la Independencia continuó el esquema heredado por la Jurisdicción penal Militar española, en razón de que los libertadores se dedicaron a organizar el nuevo Estado tanto Constitucional como Administrativamente. Sin embargo, con la Constitución de Cundinamarca en 1811, se instituyó que solo procedería la privación

¹ VALENCIA TOVAR, Álvaro. Visión histórica de la justicia penal militar en Colombia. Revista Justicia Penal Militar, 2004. P.4.

de la libertad cuando fuera un mandato escrito de autoridad competente. Así mismo, confinó la tortura, y exigió un trato digno.

Con la reconquista española se habilitó en toda su extensión la legislación de aquel país, creándose un Consejo permanente de Guerra, en el cual se juzgaba a los patriotas sin derecho alguno de defensa y con capacidad para imponer la pena capital, la Junta de secuestros, para confiscar los bienes de las personas que hubieran intervenido favoreciendo directa o indirectamente la independencia, y el Tribunal de Purificación ante el cual se justificaban las conductas independentistas, solicitando el indulto.

Algunas de las normas y decretos que dieron origen a la Jurisdicción Militar, que fueron consignadas a lo largo de nuestra independencia y república, son:

En 1813 se promulgó un Código Penal Militar en el que se fijaron penas para el delito de Deserción.

El Decreto del 12 de octubre de 1821 implantó una medida estricta y una disciplina rigurosa contra los desertores del ejército.

En 1822, mediante el Decreto del 22 de septiembre, se estableció el procedimiento en los casos de conductas ilícitas ejecutadas por los miembros militares activos.

Con la Ley del 2 de junio de 1824, se delimitó el delito Militar, se instituyó cómo se conformarían los Consejos de Guerra, competentes para juzgar a los procesados militares, se dispuso la segunda instancia en cabeza de la Corte Suprema de Bogotá, y se crearon los tribunales de Cauca y Magdalena.

El Decreto Orgánico del 27 de agosto de 1828, en su artículo primero numeral noveno, instauró que al Jefe de Estado le corresponde: *“Aprobar o reformar las sentencias de los Consejos de Guerra y Tribunales Militares en las causas criminales seguidas contra los oficiales de los ejércitos y de la Marina Nacional”*.

Mediante el Decreto del 13 de abril de 1829, se estableció la Alta Corte Militar de la República. Luego con el Decreto del 27 de junio

de 1831, se precisó que para el caso de la deserción, los funcionarios militares deberían dar aplicación por remisión a la legislación española que rigió hasta 1808.

En 1830, la Constitución de Colombia, en el Título VII, De la Fuerza Armada, dispuso: Artículo 106 *“Los individuos del Ejército y Armada, en cuanto al fuero y disciplina, juicios y penas, están sujetos a sus peculiares ordenanzas”*. Y en su Artículo 107 *“Los individuos de la milicia nacional que no se hallen en actual servicio no deberán sujetarse a las leyes militares, ni sufrir castigos prevenidos por ellas, sino estarán como los demás ciudadanos sujetos a las leyes comunes y a sus jueces naturales y se entenderá que se hallan en actual servicio cuando estén pagados por el Estado, aunque algunos le sirvan gratuitamente, o en los ejercicios doctrinales que deben hacer conforme a la ley.”*

La Constitución de la República de la Nueva Granada, en 1832, en su Artículo 172 estableció que *“Los individuos de la fuerza armada de mar y tierra, cuando se hallen en campaña, serán juzgados por las ordenanzas del ejército; pero estando de guarnición, solamente lo serán en los delitos puramente militares”*.

Más tarde, con el Decreto del 26 de mayo de 1836, se suprimieron las Cortes Superiores Marciales y se establecieron algunos parámetros con respecto a los consejos de guerra.

El 4 de agosto de 1853 se expidió un decreto que hacía referencia a la redacción de un Código Militar.

El Decreto del 21 de abril 1854 establece el Fuero Militar.

La Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858, dispuso en la Sección Sexta, que trataba del Poder Judicial, en el Artículo 49. Son atribuciones de la Corte Suprema: *“...6ª. Conocer de las causas de responsabilidad contra los Generales en jefe y Comandantes de las fuerzas nacionales, y contra los Jefes Superiores de las Oficinas principales de Hacienda de la Confederación.”*

En 1859, se creó el Código Penal Militar de los Estados Unidos de Colombia, integrado por leyes de la República de la Nueva Granada y de la confederación Granadina. Es así como el Decreto del 27 de noviembre de 1861, en su artículo primero, dispuso: *“Las Leyes generales de la República de la Nueva Granada y de la Confederación Granadina que estaban vigentes el 1 de febrero de 1859 en negocios militares del ejército y de la armada y las ordenanzas españolas y Reales Cédulas que han regido y rigen en el país, formando el Código Militar de los Estados Unidos de Colombia”*.

Por su parte, la Constitución de Colombia proferida en 1863, se refería al fuero militar, así: Artículo 69 *“El Poder Judicial se ejerce por el Senado, por una Corte Suprema federal, por los Tribunales y Juzgados de los Estados, y por los que se establezcan en los territorios que deban regirse por legislación especial. Los juicios por delitos y faltas militares de las fuerzas de la Unión, son de competencia del Poder Judicial nacional.”*

En su Artículo 71 rezaba, *“Son atribuciones de la Corte Suprema federal: 5ª. Conocer de las causas de responsabilidad contra los Generales y Comandantes en jefe de las fuerzas nacionales, y contra los Jefes Superiores de las oficinas principales de Hacienda de la Unión”*.

Se evidencia que existía una consagración expresa de un fuero para los Generales y Comandantes en Jefe de las fuerzas nacionales, y otra competencia con menor jerarquía para los miembros con rango de oficiales o con rango inferior.

Por medio de la Ley 35 de 1881, se organizó la Fuerza Pública, que indicaba entre otros aspectos, lo relativo a la jurisdicción penal militar. Tal ley estuvo vigente hasta la expedición de la Ley 84 de 1931, la cual fue especializada en el tema de la justicia militar propiamente dicha, dedicando un libro a los delitos militares, su procedimiento y la competencia de los tribunales militares.

La Constitución Política de 1886 consagró el Fuero Penal Militar en los siguientes términos: Artículo 170. *“De los delitos cometidos por*

los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar". Este artículo no sólo perduró por más de cien años, sino que fue la base para la regulación de las actuales disposiciones legales y constitucionales del mismo. En cuanto a las atribuciones de la Corte Suprema, la citada Constitución de 1886 en su Artículo 151 estatuyó: "...7ª. Conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los agentes diplomáticos y consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las fuerzas nacionales, y los Jefes superiores de las Oficinas principales de hacienda de la Nación". El fuero militar se consagró únicamente para los ejércitos de mar y aire, excluyendo a los miembros de la Policía Nacional.

Con la Ley 6 de 1903, se instituyó que los procesos que conocían los Consejos de Guerra debían regresar a los tribunales ordinarios. Pero en 1905, la Ley 28 estableció que la competencia para juzgar a los miembros militares que cometieran delitos comunes en el transcurso de la Guerra de los Mil Días era de la jurisdicción castrense.

En 1906, el General Rafael Reyes, mediante el Decreto Legislativo 67 declaró el Estado de Sitio, y ordenó que la Corte Marcial sentenciara a los conspiradores.²

Y mediante el Decreto Legislativo 02 del 31 de diciembre de 1928 se ordenó juzgar por parte de la Corte Marcial a los particulares implicados en hechos punibles realizados durante la huelga en la zona bananera de Santa Marta y Ciénaga.

Con la Ley 84 de 1931 se organizó la Justicia penal Militar tanto en el procedimiento de los juicios como en lo concerniente a los delitos y sus penas; dicha ley fue derogada por la Ley 3ª de 1945.

² Decreto Legislativo 67 del 15 de enero de 1906 – "Este estado de sitio durará hasta que la Corte Marcial dicte su fallo en la causa seguida contra los conspiradores que han sido llamados a juicio".

En 1944, se trató de consumar un golpe de estado contra el Presidente Alfonso López Pumarejo, y una de las medidas durante el estado de sitio fue la de conjurar las rebeliones de tipo militar, por medio del Decreto 2180.

Mediante el Decreto Legislativo 1125 de 1950, se adscribieron al conocimiento de la justicia castrense los delitos de asociación para delinquir, secuestro y rebelión, cometidos por particulares.

A través del Decreto 171 del 30 de enero de 1952, se creó un cuerpo de Policía Militar que hacía parte de la Policía Nacional, y se estableció en el Artículo 2: *“Los miembros del cuerpo de la Policía Militar que en actos del servicio o fuera de ellos cometieren cualquier delito de los contemplados en el Código Penal Militar incurrirán en sanciones allí establecidas para tales delitos y su juzgamiento corresponderá a la Justicia Penal Militar por el procedimiento de los Consejos de Guerra verbales”*.

Mediante el Decreto 1814 de 1953, se incorporó a la Policía Nacional a las Fuerzas Armadas, y así entró a hacer parte del Ministerio de Guerra.

En ese mismo año, el Teniente General Gustavo Rojas Pinilla, por medio del Decreto 2311 del 04 de septiembre de 1953, creó la Corte Militar de Casación y Revisión, integrada por tres magistrados, y sustrajo a la Corte Suprema de Justicia del conocimiento de estos recursos extraordinarios contra los fallos proferidos por la Justicia Penal Militar.

El Decreto 1426 de 1954 incluyó a la policía en el fuero especial de juzgamiento, al establecer en su artículo primero: *“De todos los delitos que cometan los miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo conocerá la Justicia Penal Militar”*.

Como anteriormente se hizo referencia, en el Código Penal Militar de 1958 se equipararon los términos “militar” y “policía” con la intención de aplicar las disposiciones del mismo a los miembros de la Policía. El fuero penal para los miembros de ésta última fue reiterado en varias ocasiones.

Dejó de existir en 1960 mediante el Decreto Ley 1705 la organización de las Fuerzas Armadas para darles paso a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, que quedaron dependiendo del Ministerio de Guerra.

Por medio de la Ley 141 de 1961, se incorporó el nuevo Código Penal Militar, por medio del cual se pretendió unificar y complementar la Legislación Castrense, abreviando los procedimientos. Se dividió en cuatro libros dedicados a los delitos y sanciones en general, penas militares, jurisdicción, competencia y procedimientos. Un lineamiento que se tuvo en cuenta fue el de la antigüedad, según el cual no se podrá juzgar a un superior ni a otro más antiguo. Otro aspecto, algo curioso, es que el Código, en su Artículo 28, instituía sancionar al agente infractor que estuviese en estado de embriaguez, aplicándole medidas de seguridad en cambio de penas militares, es decir, la reclusión en un hospital mental, la prohibición de concurrir a determinados sitios públicos o la libertad vigilada, en vez de prisión, arresto o multa.

En 1966, el denominado Decreto Orgánico de la Policía Nacional, el número 1667, estableció en su Artículo 11: “El personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo cometa un delito, será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Militar y de las disposiciones que lo modifiquen o adicionen”.

Los Decretos 1355 de 1970 y el Decreto Ley 2347 de 1971 ratifican el fuero militar para los miembros de la Policía Nacional.

Con la Ley 70 de 1986, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y demás Delitos crueles, degradantes e inhumanos.

Con base en la Ley 53 de 1987, en el año de 1988, se confieren facultades extraordinarias al Presidente de la República y expide, mediante el Decreto 2550 de 1988, un nuevo código penal militar, por medio del cual se amplió el fuero penal militar, asignando el conocimiento de cualquier delito cometido por los militares oficiales, suboficiales, y

agentes de la policía Nacional a la Jurisdicción Penal Militar en forma temporal, en guerra, estado de sitio o en tiempo de paz.

La nueva Constitución política de Colombia de 1991 deja prácticamente el mismo articulado de la Constitución de 1886, sobre la Fuerza Pública y la Justicia Penal Militar.

Al definir la Constitución qué se entiende por Fuerza Pública, en su Artículo 216³, resolvió los errores de interpretación que se habían presentado sobre la existencia o no del Fuero Militar para los miembros activos de la Policía Nacional.

La Corte Constitucional estableció la competencia de la Procuraduría en lo referente al régimen disciplinario.

En 1995, se modificó el Artículo 221 de la Constitución Política, relativo al fuero penal militar, adicionando que las cortes o tribunales competentes para conocer de los delitos militares, deben estar integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

El Decreto 265 de 1995 conformó la comisión de análisis y redacción del proyecto del nuevo Código Penal Militar.

La Ley 522 de agosto 12 de 1999, que corresponde al actual Código Penal Militar, integra la evolución constitucional, legal y jurisprudencial del derecho penal militar, específicamente del fuero penal militar, sobre el cual se han proferido varias sentencias, entre las que está la Sentencia C-358 de 1997, en la cual se fijan los elementos que deben observarse para establecer si en un determinado caso ha de aplicarse la justicia penal militar o la ordinaria y se limita el fuero penal militar, para evitar posibles abusos, señalando cuáles son los delitos relacionados con el servicio, los cuales serán de competencia de la Justicia Penal Militar, tal como lo establece en su artículo segundo: “Son delitos relacionados con el servicio aquellos

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. ART. 216. La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia”, y de igual forma establece en su artículo tercero los delitos no relacionados con el servicio: “No obstante lo dispuesto en el capítulo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio, los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en términos definidos en Convenios y Tratados Internacionales ratificados por Colombia.”

El artículo 215 del Código Penal Militar implementó el principio general de independencia y autonomía del juzgador, estableciendo la separación de las funciones del comando de las de investigación y juzgamiento, garantizando absoluta imparcialidad e independencia, puesto que la autoridad encargada de la investigación y el juzgamiento está compuesta por fiscales y jueces militares que no ejercen mando militar.

Igualmente se entendió y aceptó la parte civil como desarrollo del principio universal de acceso a la Justicia, derecho fundamental que debe garantizar el proceso Penal militar, entrando a ser un sujeto procesal pleno, que busca la verdad, la justicia y el resarcimiento de los daños causados por la conducta punible. Se permite de la misma forma el acceso al proceso de sujetos diversos al personal de la Fuerza Pública tendientes a la transparencia en las actuaciones y la representación efectiva de la sociedad que reposa en cabeza del Ministerio Público -Procuraduría General de la Nación.

Adicionalmente se incorporó el sistema acusatorio, creándose los Fiscales penales Militantes capaces de calificar y acusar en el proceso, los que a su vez también están en capacidad de tener a bien la cesación de procedimiento cuando haya lugar a ello.

También encontramos una activa participación del Ministerio Público en la Justicia Penal Militar, la cual se manifiesta en todas las etapas del proceso, mediante el Procurador General de la Nación y los Procuradores Delegados para las Fuerzas Militares, para la Policía Nacional y el Ministerio Público.

La jurisprudencia que ha sido dictada en relación con el Fuero Penal Militar, también ha venido evolucionando y se ha constituido en parte activa, puesto que en muchas sentencias se han establecido los lineamientos que posteriormente han sido base de las Leyes que se han promulgado en la materia, como lo sucedido con la Sentencia C-358 de 1997, la cual estableció los límites del fuero militar, los cuales a su vez fueron incluidos en el actual Código Penal Militar (Ley 522 de 1999).

Con respecto al Fuero Militar, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, aclarando y haciendo énfasis en los delitos que son de conocimiento de la jurisdicción penal castrense; entre otras tenemos la Sentencia **C-878 de 2000**⁴, que dice:

“Ha sido el propio Constituyente tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, el que limitó el alcance del fuero militar y la aplicación excepcional de la jurisdicción penal militar, al señalar los elementos estructurales de éste, pues expresamente señaló que sólo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la fuerza pública, entiéndase fuerza militar y policía nacional, cuando éstos cometan un delito relacionado con el servicio mismo. Así, se ha dicho que son dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio. (...) El ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar está determinado esencialmente por la relación directa entre el delito cometido por el miembro de la fuerza pública y las funciones asignadas por la Constitución a ésta. Si existe este vínculo, la competencia estará radicada en la jurisdicción especial. Al interpretarse en esta forma el artículo 2 de la ley 522 de 1999, el objeto, finalidad y excepcionalidad del fuero militar podrá garantizarse (...) No toda conducta delictiva que pueda cometer un miembro de la fuerza pública puede quedar comprendida en el ámbito de competencia de la

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-878 de 12 de julio de 2000. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Expediente D-2766.

jurisdicción penal militar, porque para ello se requiere que exista un vínculo directo con las funciones constitucionales asignadas a la fuerza pública. De permitirse a la jurisdicción penal militar asumir el conocimiento de los llamados delitos comunes per se, se desconocería no sólo el principio del juez natural, en cabeza de la jurisdicción ordinaria, artículo 29 de la Constitución, sino el derecho a la igualdad, artículo 13, pues en razón de la pertenencia a una organización determinada, en este caso a la fuerza pública, se estaría generando una diferencia en cuanto al órgano llamado a ejercer el juzgamiento de conductas delictivas que no requieren de una cualificación específica del sujeto que las realiza (...) LA JUSTICIA PENAL MILITAR No conoce delitos de tortura, genocidio o desaparición forzada (...) Si bien el legislador en su facultad de configuración, creyó conveniente sólo hacer expresa mención de los delitos de tortura, genocidio y la desaparición forzada, como conductas que en nada se relacionan con el servicio y, que como tales, impiden a la jurisdicción penal militar conocer de ellas cuando se presenten, es claro que éstas no son las únicas que han debido quedar excluidas expresamente del conocimiento de justicia castrense, dado que existe otra serie de comportamientos que, en los términos de la doctrina de esta Corporación, “son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio”, conductas éstas que, en consecuencia, escapan de la competencia de esta jurisdicción especial. Así, teniendo en cuenta que el factor funcional es el que en últimas determina la competencia de la jurisdicción penal militar, ha de entenderse que existen delitos no enunciados en el artículo 3º de la ley 522 de 1999 que, por su misma naturaleza, no pueden ser considerados “relacionados con el servicio” y como tales, en ningún caso podrán ser de conocimiento de la justicia castrense. En todos estos casos, corresponderá a la justicia ordinaria aprehender la investigación y juzgamiento de esta clase de conductas.(...)”

En lo atinente al fuero especial o integral de los Generales y Almirantes se estableció que aparte del fuero militar que de manera genérica consagra el Art. 221 de la Constitución Política, el Art.

235⁵ de la Carta, al ocuparse de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en el numeral 4º, establece un fuero integral para los generales y almirantes de la fuerza pública.

Sin embargo, la redacción del texto constitucional ofrecía una limitación en la cobertura del fuero, toda vez que de su tenor literal se desprende que sólo cobija a los oficiales que ostenten el grado de General o Almirante, excluyendo en consecuencia a los Brigadieres Generales, a los Mayores Generales, así como a los Contraalmirantes y Vicealmirantes.

Esta limitación fue superada por el Código Penal Militar vigente, Ley 522 de 1999, el cual, en su Art. 234, al encargarse de la competencia de la Corte Suprema de Justicia, dispuso lo siguiente:

Art. 234.-Competencia de la Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce:

3. En única instancia y previa acusación del Fiscal General de la Nación, de los procesos penales que se adelanten contra los generales, almirantes, mayores generales, vicealmirantes, brigadieres generales, contralmirantes, contra los magistrados del Tribunal Superior Militar por los hechos punibles que se les imputen.

La facultad conferida a la Corte Suprema de Justicia por el Art. 235 de la Constitución Política y el Art. 240 del Código Penal Militar, recae principalmente en la consideración propia de la dignidad del grado y las funciones propias del mismo, y especialmente por la de tipo jerárquico.

⁵ Art. 235.-Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los Ministros del despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los tribunales; a los directores de los departamentos administrativos, al Contralor General de la República, a los embajadores y jefes de de misión diplomática o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los generales y almirantes de la fuerza pública, por los hechos punibles que se les imputen.

PAR.- Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

En conclusión, la Justicia Militar ha existido en nuestra legislación desde el nacimiento de la República y el fuero militar ha sido el mecanismo para su aplicación, el cual ha evolucionado legislativamente en busca de evitar que su esencia se distorsione y caiga en el señalamiento de que favorece la impunidad dentro de la misma institución. Aunque la figura del fuero militar ha sido reformada en algunas oportunidades, actualmente se presenta con la misma estructura que presentó el Artículo 179 de la Constitución Política de 1886, con la evolución legal, siendo el actual Código Penal Militar muestra de ello.

Prueba de lo anteriormente expuesto y sustentado, está en el actual status del fuero militar, el cual se constituye como una seguridad de justicia que, de acuerdo con el Código Penal Militar de 1999, está al nivel de la justicia ordinaria, cumpliendo con los principios de la misma, con la objetividad que implica la independencia de las funciones de comando y el juzgamiento, con un sistema acusatorio que asegura total imparcialidad y con la participación del Ministerio Público, que garantiza los derechos y el debido proceso de las partes que en él intervienen.

**PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO
DE LEY 242 DE 2008 SENADO – 138 DE 2008 CÁMARA:
“POR MEDIO DEL CUAL SE CONVOCA A UN REFERENDO
CONSTITUCIONAL Y SE SOMETE A CONSIDERACIÓN
DEL PUEBLO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL”**

Héctor Helí Rojas Jiménez

Bogotá D.C., 6 de abril de 2009

Senador

JAVIER ENRIQUE CÁCERES LEAL

Presidente

Comisión Primera Constitucional

Senado de la República

Ciudad.

REF.: Informe de ponencia para primer debate en Senado del Proyecto LEY 242 DE 2008 SENADO – 138 de 2008 CÁMARA: “POR MEDIO DEL CUAL SE CONVOCA A UN REFERENDO CONSTITUCIONAL Y SE SOMETE A CONSIDERACIÓN DEL PUEBLO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL”

Señor presidente:

La ponencia que a continuación rendimos en cumplimiento del deber que nos corresponde, en razón a la designación por usted hecha, concluye solicitando el archivo de la iniciativa de la referencia. Los argumentos que sustentan nuestra petición son los siguientes:

1. CONSTITUYENTE ORIGINARIO, Y CONSTITUYENTE DERIVADO

Entendemos y aceptamos que como expresión del principio democrático que informa nuestra identidad política de sociedad organizada con apego al derecho, el pueblo soberano es el único que puede sustituir la Constitución de Estado Colombiano. También aceptamos que cuando el pueblo actúa directamente, con base en un

consenso como el que se le logró para expedir la Constitución de 1991, o por el triunfo violento de una revolución, o una guerra a la manera de las ocurridas a lo largo de nuestra historia Constitucional durante los siglos XVII y XIX, no hay límites materiales para que esa voluntad popular configure una nueva identidad organizadora y definidora del poder que rige a la sociedad. Pero cuando el pueblo actúa indirectamente a través del órgano de la representación popular o de individuos o instituciones habilitados para tal efecto, todos estos deben someterse estrictamente a las competencias, los procedimientos y el respeto a los contenidos esenciales de la Carta fundamental, mediante la cual se los reconoce como capaces de actuar en tal representación. Todos los poderes así establecidos tienen límites para respetar, a diferencia del constituyente originario. Recurrir a argumentos como el coyuntural apoyo mayoritario al gobernante, deducir de este una supuesta voluntad política fundacional, un nuevo orden de cosas, pretender que esa parte del gobiernista pueblo, lo puede todo y no tiene límites materiales ni procedimentales, es negar la historia misma de la Construcción del Estado Demoliberal y abrazar ideas propias del Fachismo o del Nacional Socialismo, cuyos líderes, en nombre de la llamada “Voluntad Popular” escribieron las más horrendas páginas de anquilamiento de la humanidad civilizada.

Los promotores de la Ley en estudio, a nuestro modo de ver, olvidan estos conceptos; ellos pueden justificarse en la apasionada irracionalidad que los impulsa a hacer todo lo que a su alcance esté para que su “Jefe”, el Señor Presidente de la República, permanezca en el poder y se atornille en él; los que no tienen justificación moral ni legal atendible son los congresistas que apoyan la iniciativa sin importarles el procedimiento que, para reformar la Constitución a través de un referendo, ha establecido el propio pueblo, en La Constitución Política, y el mismo Congreso en las diversas leyes que regulan la materia.

De esos congresistas que creen que la iniciativa debe tramitarse a toda costa, incluso cambiando la pregunta y sin importar la ausencia de certificación del cumplimiento de los requisitos legales para iniciar su trámite en el Congreso, se podía decir, en términos de

BERLIA¹ que se quieren transformar de representantes del pueblo soberano” en “Soberanos representantes del pueblo”.

2. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

En el curso de la discusión no solo hemos oído pronunciamientos que confunden los conceptos de constituyente originario con poder constituyente constituido; también hemos encontrado que se confunde poder para reformar la Constitución y convocatoria a referendo como mecanismo de participación ciudadana.

Precisamente, para que la obra del pueblo constituyente no quedara en manos de grupos de ciudadanos o de mayorías parlamentarias, que asumiéndose como mayoritarios y hasta soberanos, la desvirtuaran y sustituyeran, la propia Asamblea Constituyente señaló la forma y los procedimientos para su reforma y creó el control de Constitucionalidad, en manos de los jueces, para proteger y defender sus contenidos y revisar judicialmente (Judicial review) los actos del Congreso y de los ciudadanos que promuevan su cambio.

El Título XIII de La Carta es claro: Solo el Congreso íntegramente (acto legislativo) o en unión con un grupo ciudadano, previo Control de Constitucionalidad del texto incorporado en Ley (referendo), o, convocando mediante Ley una Asamblea Constituyente, cuya integración, período y competencias señala el propio Congreso, puede reformar La Constitución. La fórmula de la Constitución de 1886 (art. 218) repetida en el art. 13 del Plebiscito de 1957, se mantiene en lo sustancial: Toda reforma Constitucional debe pasar por el Congreso, los grupos ciudadanos, por importantes o numerosos que sean, no pueden reformar por sí mismos la Constitución Política aun cuando participen en el trámite, y sean los que votan la decisión final.

Pues bien, el procedimiento de reforma de la Constitución está señalado en el propio texto Constitucional, y no sólo en el título XIII,

¹ Citado por Pedro de Vega, en el prólogo al libro Límites de la Reforma Constitucional en Colombia de Gonzalo Ramírez Cleves.

sino en todo el cuerpo normativo de la Carta, y como no puede haber reforma constitucional que no pase por el Congreso de la República, todos ellos, cualquiera que sea su forma (acto legislativo, referendo o Asamblea Constituyente) se tramitan, de manera primordial, con estricta sujeción a la Ley Orgánica del ejercicio de la función legislativa (Ley 5ª de 1992), que en los Artículos 218 a 229, se ocupa del proceso legislativo Constituyente.

Cuestión distinta es la de los mecanismos de participación ciudadana, contemplados en el Art. 103 de La Constitución Política, cuya regulación el Constituyente reservó a la Ley, y más concretamente a una Ley estatutaria (Art. 152 literal d). Las leyes estatutarias son como prolongaciones de la Carta que cumplen la función de regular integralmente una materia.

De manera que cuando de reformar la Constitución mediante referendo de iniciativa popular se trata, la Constitución y el reglamento del Congreso son el marco normativo a tener en cuenta primordialmente; la Ley estatutaria de los mecanismos de participación solo se aplica en lo no contemplado en aquellos: Concretamente en la regulación de la actividad de los ciudadanos intervinientes, y en la de las Autoridades electorales.

Por el contrario cuando se trata de referendos distintos del constitucional, la norma primordial es la Ley Estatutaria 134 de 1994; desde luego, la Constitución ilumina con sus principios y valores a ese cuerpo normativo y el resto del ordenamiento se aplica complementaria o supletoriamente.

Pretender asimilar el referendo constitucional a todos los demás referendos o a los otros mecanismos de participación es un error conceptual y técnico jurídico.

Para respaldar nuestra argumentación citamos a la propia Corte Constitucional, que al estudiar la constitucionalidad de la Ley Estatutaria 134 de 1994, dijo en referencia al Artículo 33 de la misma, que contiene la figura del referendo constitucional, que esa norma “se ajusta al ordenamiento constitucional en cuanto se limita

a reproducir literalmente el contenido del Art. 378 de la Constitución Política” (Sentencia C180 de 1994).

Finalmente, como lo ha enseñado el Doctor Humberto Sierra Porto², “el concepto de soberanía propiamente dicha debe reservarse a la posibilidad que tiene el pueblo de configurar el Estado, incluso cambiando radicalmente la Constitución...Este Poder Constituyente Soberano, es predicable únicamente de la totalidad del pueblo Colombiano, no de parte de este, y se expresa en La Constitución”, y agrega “... debemos dejar claro que en nuestra Constitución existen dos formas de entender la Soberanía como característica de las decisiones populares: Una es el clásico atributo del poder Constituyente, y otra como el atributo de la voluntad popular encausada por el derecho, esto es, el pueblo como poder constituido que hace relación a la Independencia y a la toma de decisiones en condiciones de Libertad...”

Igualmente la Corte Constitucional en Sentencia C1153 de 2005 afirmó:

“No obstante, el afianzamiento y difusión de los nuevos mecanismos participativos no condujo al abandono de los dispositivos tradicionales de expresión y ejercicio de la democracia. En términos sencillos, el modelo de 1991 impuso el reforzamiento del esquema democrático, mediante la ampliación del modelo participativo, pero en manera alguna descuidó el proyecto representativo. Antes bien, promovió su fortalecimiento como consecuencia de lo que la Corte Constitucional ha identificado, con ayuda de Bobbio, como el principio de la expansión democrática”.

Las confusiones conceptuales anotadas le restan mérito a la propuesta en estudio.

² Sierra Porto, Humberto, concepto y tipos de Ley en La Constitución Colombiana. Universidad Externado de Colombia. 1998 Pág. 71 ss.

3. OBJECIONES TÉCNICO-LEGISLATIVAS

Es elemental entender que todo proceso legislativo, ordinario o constituyente debe ser transparente, lleno de claridad y sindéresis, más cuando se trata de buscar apoyos directos en el propio pueblo, compuesto por ciudadanos cultos, menos cultos y sin ninguna cultura. Por eso los recolectores de las firmas para la iniciativa legislativa y normativa, o para la solicitud de referendo, deben presentar una exposición de motivos y, antes de que el ciudadano firme, le deben explicar el contenido de la misma con absoluta claridad.

El Proyecto que nos ocupa, es todo lo contrario, sospechoso, contradictorio, antitécnico, y oscuro.

a) Es sospechoso porque no contiene una disposición general, abstracta, impersonal y abierta, como deben ser las normas constitucionales. Su contenido es particular, concreto y personal. Más parece una disposición habilitante que un texto normativo.

En efecto, solo un colombiano puede acogerse a su texto, el Doctor Álvaro Uribe Vélez. Él es el único que ha ejercido la Presidencia de la República por dos períodos – uno de ellos incompleto. Él es el único colombiano que en las elecciones de mayo de 2010 cumplirá con ese requisito. Él es el único de los expresidentes de la República que podría aspirar a un tercer mandato en las próximas elecciones. Paradójicamente, el Doctor Álvaro Uribe Vélez, actualmente está inhabilitado para un tercer período presidencial: el acto legislativo 02 de 2004 modificó el inciso primero del Artículo 197 de la Constitución Política de 1991, que prohibía la reelección presidencial, pero también incluyó un parágrafo transitorio que prohíbe a los actuales expresidentes de la República aspirar a más de una reelección. Esa es una inhabilitación constitucional que cobija al Doctor Álvaro Uribe Vélez. Resulta evidente que la modificación propuesta sólo busca levantarle al actual Presidente esa inhabilitación Constitucional.

El texto impulsado por los proponentes, viscerales seguidores del Doctor Álvaro Uribe Vélez, no es un referendo en sentido estricto,

ni siquiera un plebiscito en la forma como éste mecanismo está consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano. Estamos frente a un movimiento de ciudadanos uribistas que apoyados por los congresistas uribistas, defienden una propuesta (salvada por el Presidente Uribe del hundimiento legislativo gracias a las sesiones extraordinarias que para tal fin convocó a la media noche del 16 de diciembre de 2008), que pretende habilitar al Presidente Álvaro Uribe Vélez para que se quede en el poder, talvez indefinidamente. Una parte del pueblo y un mayoría congresional quieren darle un golpe mortal a la Democracia Colombiana. No se trata de legitimar a Álvaro Uribe Vélez en el poder, lo que permitiría hablar de un plebiscito. Se trata de que se apropie el poder mismo, de hacer el tránsito, materialmente hablando, del presidencialismo a la monarquía, manteniendo la apariencia y la formalidad gracias a una Constitución de papel, sin identidad ni concordancia con la de 1991.

Desde cuando Rafael Núñez salió al balcón y dijo “La Constitución de Rionegro ha dejado de regir “, no se ha visto en Colombia una sustitución tan evidente de la Constitución Política y en particular del principio republicano en ella establecido.

b) Es contradictorio, porque al modificar el inciso primero del Artículo 197 constitucional para permitir una segunda reelección del actual Presidente, sin derogar el parágrafo transitorio del mismo artículo que la prohíbe, hace perder toda *sindéresis* a la Norma. Quien es habilitado por el primer inciso, sigue inhabilitado por el parágrafo, que seguiría vigente.

¿Cómo resolver este Galimatías? ¿Puede reformarse la Constitución tan torpemente? ¿Ni siquiera *sindéresis* se les puede exigir al puñado de ciudadanos promotores y a los congresistas que apoyan las propuestas?

c) Es antitécnico. En términos de técnica jurídico-legislativa nos parece extraño que la propuesta convoque al pueblo para que decida “Si aprueba el siguiente proyecto de acto legislativo”. Esta redacción del artículo nos confirma que los proponentes no distinguen entre el Referendo Constitucional y el acto legislativo como categorías de reforma a la Constitución, junto a la Asamblea Constituyente.

La iniciativa legislativa para presentar proyectos de acto legislativo para reformar la Constitución está consagrada en el Artículo 155 de la Carta, y se regula en la Ley 134 de 1994, estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana.

Esta Ley, en su Artículo 47, que se ocupa del nombre y encabezamiento de la decisión, señala que “se denominará acto legislativo, ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según corresponda a materias del Congreso de la República, de las Asambleas Departamentales o de los Concejos Municipales o de la Juntas Administradoras Locales, y así se encabezará el texto aprobado”. A estas alturas del debate, por lo menos deberíamos dejar establecido que la reforma constitucional mediante referendo no es un acto integral y exclusivamente del Congreso de la República, sino un procedimiento mixto, complejo, con múltiples intervinientes, en el que la decisión final es del pueblo. A eso no se lo puede llamar acto legislativo en los términos de los Artículos 374 y 378 de la Carta.

La parte de la redacción que dice: “Aprueba usted el anterior inciso” también confunde. ¿A cual inciso se refiere, ya que el artículo tiene dos: al de la convocatoria o al de la modificación del Artículo 197 Constitucional?

d) Es oscuro porque:

a. Su aprobación en la plenaria de la Cámara de Representantes y su tránsito al Senado de la República se deben a una ilegal y arbitraria intervención del Señor Presidente de la República. El acta que contiene lo dicho en la sesión correspondiente al 16 de diciembre de 2008 da cuenta de que faltando poco para las doce (12) de la noche, cuando el proyecto de ley de referendo estaba por hundirse, ya que apenas se estaban resolviendo los impedimentos, no se habían leído las ponencias, no habían intervenido los voceros de los partidos y no se había discutido el articulado, llegó una convocatoria del Gobierno a sesiones extraordinarias. Eso salvó la iniciativa.

Algunos, como el Representante Julián Silva advirtieron sobre el contenido del Art. 85 del Reglamento del Congreso que sólo permite convocar a sesiones extraordinarias cuando el Congreso está en

receso; es evidente que el dieciséis (16) de diciembre a las once (11) p.m. no estaba en receso, estaba sesionando ordinariamente.

No faltaron las interpretaciones amañadas de algunos uribistas para decir que se pueden convocar las sesiones extraordinarias antes de entrar en receso con tal de que se sesione una vez iniciado este.

Nos parece que el texto legal es claro: “Son sesiones extraordinarias las convocadas por el Presidente de la República, estando en receso Constitucional el Congreso y para el ejercicio de atribuciones limitadas” (Art. 85 Ley 4ª 1992).

¿Qué interpretación puede haber aquí? Cuando la Ley es clara no hay lugar a interpretarla so pretexto de consultar su espíritu, dice el Código Civil, y la doctrina jurídica más consolidada.

El Gobierno debió esperar a que finalizara el día dieciséis (16) de diciembre en su integridad para hacer la convocatoria el diecisiete (17) como mínimo y el Congreso sesionar a partir del dieciocho (18). Pero como de presionar se trataba, sin importar la Ley se incurrió en vicios insubsanables.

Pero más grave que lo anterior resulta que un instrumento como el de la convocatoria a extraordinarias por parte del Presidente de la República sea utilizado precisamente para lograr que se apruebe una propuesta que habilita al propio Presidente para presentarse a una segunda reelección.

En el referendo de iniciativa popular, la intervención del Presidente se limita a promulgar la decisión del pueblo, no puede intervenir en el curso de la discusión y los debates de ninguna manera, ni proponiendo, ni discutiendo, ni convocando, mucho menos puede usar sus mayorías, la imprenta Nacional, o la Gaceta del Congreso para salvar la iniciativa y asegurar así su idea de mantenerse en el poder. La iniciativa popular perdió su autonomía y pasó a ser liderada, impulsada y determinada por el Señor Presidente de la República con su obsecuente mayoría en la Cámara de Representantes.

Eso vuelve inconstitucional e ilegal la propuesta.

b. Oscuridad y hasta posibilidad de que los promotores de esta iniciativa estén caminando entre las líneas del Código Penal Colombiano se percibe en las etapas de recolección de firmas e inscripción de la propuesta, que son parte del íter constitucional y legal que debe recorrer hasta convertirse en texto Constitucional.

Ya dijimos que toda la actividad de los ciudadanos que promuevan un referendo está regulada fundamentalmente por la Ley 134 de 1994. Lamentablemente, de las certificaciones a que se refieren los Artículos 24 (a cargo de la Registraduría), 27 (a cargo de la Organización Electoral) y 97 (sobre una violación de topes fijados por el Concejo Nacional Electoral) de dicha Ley, sólo se adjuntó la del número de firmas, las otras no existen o no se conocen. Lo que sí se sabe es que en la Fiscalía General de la Nación y en el Consejo Nacional Electoral están abiertas sendas investigaciones penales y administrativas contra los integrantes del Comité Promotor del Referendo.

También se sabe, hoy día, que empresas vinculadas a la Organización de David Murcia Guzmán, investigado por lavado de activos entre otros delitos, contribuyeron en dinero y en especie a la financiación de la recolección de apoyos ciudadanos. Tamaña oscuridad aterra, pues del fraude o del delito no puede derivarse nada que produzca efectos jurídicos atendibles por la sociedad, menos si se trata de cambiar la Carta fundamental de los colombianos.

Los procesos de reforma constitucional no solo deben ser transparentes, públicos y garantizadores de la igualdad y libertad participativas de quienes en ellos intervienen, sino que, además, deben mostrar un máximo de eticidad, buenas costumbres y absoluto rechazo al delito.

Tantos defectos encontrados en el trámite que hasta ahora lleva la propuesta, nos impiden patrocinarla.

Para terminar, queremos recordar que fueron tres lo supuestos que la Corte Constitucional utilizó en la Sentencia C1040 de 2005, para decir que el Acto legislativo 07 de 2004, que reimplantó la reelección

presidencial, no era una sustitución de la Constitución sino una simple reforma de la misma. El Primero, que la reelección fuera por una sola vez. En consecuencia una segunda reelección desconoce ese precedente constitucional, y la Ley que convoque a referendo para tal fin resultaría inconstitucional. El Segundo, que se expidiera una Ley Estatutaria de Garantías a la Oposición y de equidad en la campaña presidencial. La propuesta actual nada dice sobre la materia y la Ley que en tal sentido se expidió para la primera Reelección hoy resulta obsoleta en muchos de sus contenidos. El Tercero, que el Congreso, en uso de su poder de configuración institucional, recompusiera el sistema de pesos y contrapesos entre las ramas del poder público y sus órganos, para evitar una hipertrofia del ejecutivo, como la que hoy se vive, y una concentración de potestades en manos del Presidente de la República como que actualmente asfixia la Democracia y amenaza con cerrar la participación de las minorías y la oposición de manera democrática. Las mayorías uribistas del Congreso lo han impedido a pesar de propuestas en tal sentido hechas por la Oposición.

PROPOSICIÓN

En consecuencia, proponemos a la Comisión Primera del Honorable Senado de la República archivar el proyecto de LEY 242 DE 2008 SENADO – 138 De 2008 CÁMARA: “POR MEDIO DEL CUAL SE CONVOCA A UN REFERENDO CONSTITUCIONAL Y SE SOMETE A CONSIDERACIÓN DEL PUEBLO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL”.

Cordialmente,

HÉCTOR HELÍ ROJAS JIMÉNEZ
Senador Ponente

CONVENIO UNIDROIT SOBRE BIENES CULTURALES ROBADOS O EXPORTADOS ILÍCITAMENTE

Fernando Velásquez V.

Bogotá, D. C., primero de septiembre 2010.

Honorables Magistrados

Corte Constitucional

Magistrado Ponente: Dr. **JORGE IVÁN PALACIO PALACIO**

Ciudad

E. S. D.

REFERENCIA: Oficio No. 1644 de dieciocho de agosto 2010, atinente al expediente LAT-347, Ley 1304 de 2009, “Por medio de la cual se aprueba el «Convenio UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente», firmado en Roma el 24 de junio de 1995”.

Muy distinguidos Señores Magistrados:

Cordial y respetuoso saludo. En relación con la solicitud contenida en el Oficio de la referencia formulada por la Secretaría General de esa corporación, al tenor de lo señalado en el Artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, previa designación hecha al efecto por el Señor Decano (A) de la Escuela de Derecho –el Dr. JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA–, gustosamente, se procede a emitir el concepto solicitado.

I. EL ASUNTO PLANTEADO

El 24 de junio de 1995 se suscribió en Roma el Convenio de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), sobre restitución internacional de los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, el cual fue suscrito por diversas

naciones del orbe, entre ellas Colombia. En plan de ratificar dicho tratado, el Congreso de la República, previo adelantamiento de todo el rito previsto por la Carta Fundamental en este ámbito, tramitó y aprobó la Ley 1304 de tres de junio de 2009.

Una vez cumplido el anterior rito, el Ejecutivo sancionó la Ley correspondiente y dispuso su ejecución, previa revisión por parte de la Corte Constitucional acorde con lo normado por el Artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política de 1991; a tales efectos, se remitió el expediente a dicho organismo, cuya Sala Plena en sesión del 17 de junio 2009, dispuso repartirlo al Despacho regentado por el Honorable Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, quien –a través de auto de trece de julio de 2009– dio inicio al proceso de rigor.

II. ALGUNOS NECESARIOS PRECEDENTES

El tráfico internacional de bienes culturales del cual se ocupa la Ley objeto de este control de constitucionalidad no es, ni mucho menos, un fenómeno nuevo en la historia de la Humanidad que –desde tiempos legendarios– ha visto cómo los guerreros vencedores saquean de manera sistemática en los países vencidos este tipo de tesoros, con los cuales han construido ricas y valiosas colecciones privadas, cuando no museos que hoy son patrimonio de la civilización. Además, el último siglo ha visto crecer a pasos agigantados un tráfico ilegal de estos bienes que no sólo amenaza y lesiona el patrimonio cultural de los pueblos sino que enturbia las relaciones internacionales.

Por supuesto, la necesidad de regular este fenómeno y de castigar las conductas señaladas ha llevado a la comunidad internacional a diseñar diversas herramientas para su regulación, entre las cuales se deben citar los convenios y las normativas penales llamadas a reprimir los diversos atentados detectados en la época contemporánea.

Por ello, entidades como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de los Estados

Americanos (OEA), el Consejo Internacional de Museos (ICOM), la Organización Internacional de Policía Criminal (OIPC) –más conocida como INTERPOL–, el famoso Instituto de Investigación Getty y la Organización Mundial de Aduanas o Consejo de Cooperación Aduanero (CCA), entre muchas otras, se han preocupado por diseñar mecanismos llamados a regular ese actuar ilícito mediante la introducción de diversos instrumentos llamados a luchar contra los atentados punibles que se cometen en esta materia, con el consiguiente fortalecimiento de las legislaciones nacionales, la adhesión de los diversos países a las distintas Convenciones internacionales, la elaboración de inventarios, el incremento de la cooperación bilateral con países vecinos y la seguridad en los museos y sitios arqueológicos, entre otros¹.

Como fruto de ello, nuestro país ha suscrito diversos convenios atinentes al intercambio cultural y al tráfico ilícito de bienes culturales, entre los cuales pueden recordarse los celebrados con los Estados Unidos Mejicanos (1969), Panamá (1984), Uruguay (1985), Venezuela (1985 y 1996), España (1992), Hungría (1998), Indonesia (1996), Irán (1997), Lituania (1995), Rusia (1997), Costa Rica (1996), Perú (1998), Ecuador (2000²) y Bolivia (2001³). Incluso, fuera del Pacto aquí examinado, desde antaño se han suscrito instrumentos como el Acuerdo de Florencia (1950) y su Protocolo de Nairobi (1976), relacionado con la importación de objetos de carácter educativo, científico o cultural; y el Acuerdo de Cooperación e Intercambio de Bienes en las Aéreas Cultural, Educacional y Científica, promovido por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) de 1997, entre otros.

Es más, ya en un plano nacional, se han expedido normativas como las siguientes: Ley 36 de 1936, aprobatoria del Tratado para la Protección de instituciones artísticas y científicas y monumentos históricos (que recoge el denominado Pacto de ROERICH de quince

¹ Cfr. MARÍA ISABEL GÓMEZ AYALA: “Colombia emprende lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales”, Asociación Para la Conservación del Patrimonio Cultural de las Américas, marzo de 2001, Boletín 11:1; en: http://imaginario.org.ar/apoyo/vol11-1_3.htm. fecha de la consulta: 28 de agosto 2010.

² Corte Constitucional, sent. C-091 de 2001.

³ Cfr. Corte Constitucional, sent. C-863 de 2006.

de abril de 1935, suscrito por 19 naciones latinoamericanas); Ley 45 de 1983, aprobatoria de la Convención de París para la protección del Patrimonio Cultural y Natural⁴; Ley 63 de 1986, por medio de la cual nuestro país se adhiere a la “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales”, Convención de la UNESCO celebrada en París en noviembre de 1970. Así mismo, Ley 16 de 1992, por medio de cual se aprueba el Tratado entre las Repúblicas de Colombia y Perú para la protección, conservación y recuperación de bienes arqueológicos, históricos y culturales⁵; y Ley 340 de 1996, que aprueba la Convención para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, o Convención de La Haya de 1954.

Además, leyes 397 de 1997, por medio de la cual se protege el Patrimonio Cultural Colombiano, 587 de 2000 –aprobatoria del Convenio entre las Repúblicas de Colombia y Ecuador para la recuperación y devolución de bienes culturales robados– y, desde luego, la normativa que aquí es objeto de estudio.

La conducta de la cual se ocupa el Convenio en estudio es tan grave que el ordenamiento penal patrio, de la mano del derecho comparado⁶ –aunque se echa de menos un tratamiento unificado como el brindado al asunto por el Código Penal Español de 1995⁷, pues se trata de conductas que atentan contra un bien jurídico hoy

⁴ Cfr. Corte Constitucional, sent. C-204 de 1993.

⁵ Cfr. Corte Constitucional, sent. C-204 de 1993.

⁶ Para el caso argentino, MARTÍNEZ CASAS, JUAN I.: “Tráfico ilícito de bienes culturales”, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), págs. 4 y ss., 18 y ss., en <http://www.ciidpe.com.ar/area2/trafico%20ilicito%20de%20bienes%20culturales.pdf>; fecha de la consulta: 29 de agosto 2010.

⁷ Al efecto, dentro del Título XVI “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, destina el Capítulo II a estas materias: “De los delitos sobre el patrimonio histórico”. Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal, Parte Especial*, 17ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 511 y ss.; FELIPE RENART GARCÍA: “Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales (I)”, en *Diario La Ley* (Madrid), Año XXII, N° 5427, Martes 27 de noviembre de 2001, págs. 1 y ss.; el mismo: “Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales (II)”, en *Diario La Ley* (Madrid), año XXII, N° 5428. Martes 28 de noviembre de 2001, págs. 1 y ss.

delimitado⁸–, la prevé como una modalidad de hurto complementado agravado en sus Arts. 239, 240, 241 num. 13, con elevadas penas de prisión, esto es, cuando el apoderamiento de la cosa mueble ajena recaer “sobre los bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación”; incluso, el art. 266 del Código Penal señala –de manera antitécnica e inconveniente– la misma modalidad de hurto como agravante específica en su num. 4, de nuevo para aumentar la pena, cuando la conducta se realiza “Sobre objetos de interés científico, histórico, asistencial, educativo, cultural, artístico, sobre bien de uso público, de utilidad social, o sobre bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación”.

Es más, en plan de reforzar la protección de ese y otros bienes jurídicos se regula como punible en el Art. 154 la destrucción y apropiación de bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (Título II del Código Penal, Parte Especial), entre los cuales se incluyen los “culturales” (cfr. párrafo num. 2); además, en el Art. 156, al reiterar la necesidad de proteger los bienes de los que se ocupa el Convenio en examen, se dispone el castigo de quien realice las conductas de destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de los lugares de culto. En fin, en el Art. 350 inc. 2º se castiga –como un atentado contra la seguridad pública incluido en el Título XII de la Parte Especial del Código Penal– la conducta de causar incendio a esos bienes.

III. REFLEXIONES SOBRE EL ASUNTO DEBATIDO

Por supuesto, antes de adentrarse en las consideraciones sobre la materia, es pertinente plasmar algunas reflexiones que sirvan de punto de partida para, luego, sentar la conclusión final.

A. El trámite para incorporar un tratado internacional al ordenamiento patrio. El proceso mediante el cual un convenio internacional ingresa

⁸ Para MARTÍNEZ CASAS (Ob. cit., pág. 30) “...el bien jurídico protegido en el tráfico ilícito de bienes culturales es el derecho de toda sociedad o comunidad de conocer y gozar de su riqueza cultural, a la incolumidad de su historia y a preservarla para las generaciones presentes y futuras”; sobre ello, RENART GARCÍA: “Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales (II)”, ob. cit., págs. 2 y ss.

formalmente al ordenamiento jurídico supone un largo trámite, en el cual se injieren diversos actores que cumplen funciones claramente delimitadas y en tiempos distintos; al respecto, señala la Corte Constitucional: “El otorgamiento de la voluntad del Estado a través de un tratado o convenio internacional, es el resultado de un proceso que prevé la intervención de las diversas ramas del poder público y que exige el cumplimiento de diferentes etapas, entre ellas, la suscripción del instrumento internacional; la aprobación del mismo por parte del Congreso; el estudio del Convenio y de su ley aprobatoria por parte de la Corte Constitucional; y finalmente, su ratificación por parte del Presidente de la República en su condición de Jefe de Estado”⁹. Este rito está previsto de forma precisa en la Ley de Leyes y ha sido objeto de claros desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales.

B. Las características del control de constitucionalidad. También, la jurisprudencia constitucional –de la mano de la doctrina sobre la materia– se ocupa de tratar de precisar las notas que son inherentes a esta específica forma de ejercer el control de constitucionalidad, las cuales se deducen de lo previsto en el Art. 241 num. 10 de la Carta Magna en armonía con el 44 del Decreto 2067 de 1991; en efecto, se le asignan estas peculiaridades:

1. Es un control *previo* al perfeccionamiento del tratado pero, en todo caso, posterior a la aprobación de la ley respectiva por parte del Congreso y a la sanción de la misma por el Gobierno Nacional.

2. También, es *automático* porque la ley debe ser enviada en forma directa por el Presidente de la República a la Corte Constitucional, dentro de los seis días siguientes al acto de sanción gubernamental.

3. Además, es *integral* en la medida en que la Corte debe analizar tanto los aspectos *formales* como los *materiales* de la ley y del tratado, confrontándolos con todo el entramado del texto constitucional.

4. A lo anterior, añádase que tiene fuerza *de cosa juzgada* porque una vez llevado a cabo no es susceptible de nuevos debates.

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sents. C-276 de 1993, C-172 de 2006 y C-863 de 2006.

5. Incluso, agréguese, es una condición *sine qua non* para la ratificación del correspondiente acuerdo, dado que sin él este último paso es imposible.

6. Y, para terminar, cumple una *función preventiva*, pues su finalidad es garantizar tanto la supremacía de la Constitución como el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano¹⁰.

C. El control formal. Es aquel que busca detectar vicios de procedimiento en todo el proceso de gestación de los tratados y de las leyes aprobatorias de los mismos, por lo cual el tribunal constitucional correspondiente debe examinar no sólo la validez de la representación del Estado—para el caso el colombiano—en los procesos de negociación y celebración del instrumento y la competencia de los funcionarios en la negociación y firma del tratado, sino también el cumplimiento de las reglas sobre la formación de la ley aprobatoria por parte del Congreso de la República y su posterior sanción.

Las leyes que aprueban tratados o convenios internacionales, se surten con base en el mismo procedimiento legislativo de las leyes ordinarias (cfr. Art. 204 de la Ley 5ª de 1992), para el caso las *exigencias generales* sobre su trámite previstas en los Artículos 146, 154, 157, 160 (modificado por el Acto Legislativo 1 de 2003, en su Art. 8º), 166 y 241 de la Constitución Política, entre otros¹¹. Sin embargo, este control tiene unas peculiaridades muy bien destacadas por la jurisprudencia, en los siguientes términos:

“(....) en el caso de tratados internacionales, tienen que ver, en *primer lugar*, con que el proyecto de ley debe iniciar su trámite en el Senado por tratarse de asuntos relativos a relaciones internacionales (Art. 154 C.P.). En *segundo lugar*, con que la competencia del Congreso de la República se limita a aprobar o improbar el tratado o convenio de acuerdo

¹⁰ Sobre ello, se pueden ver las Sentencias C-204 de 1993, C-468 de 1997, C-376 de 1998, C-426 de 2000, C-924 de 2000, C-781 de 2004 y C-863 de 2006.

¹¹ Sobre ello, Sent. C-737 de 2001.

al Artículo 150 superior y *por último*, a que la ley aprobada debe ser remitida a la Corte Constitucional, por el Gobierno, para efectos de su revisión definitiva (Art. 241-10 C.P.)¹².

Desde luego, hasta donde el examen de las piezas procesales puestas a nuestra consideración lo permite y salvo mejor opinión edificada a partir de un examen más profundo de los diversos elementos de juicio, se puede concluir que todo el trámite sufrido por el tratado y por la ley aprobatoria se aviene a los preceptos constitucionales, por lo que al respecto no es dable formular reproche alguno.

D. *El control material.* A diferencia del mecanismo anterior, esta tarea supone una labor de confrontación entre las disposiciones que conforman el instrumento internacional y su ley aprobatoria, con la totalidad de los preceptos constitucionales, de cara a precisar si concuerdan o no con la Ley de Leyes.

Así las cosas, hechos los cotejos de rigor puede decirse que el objeto de la Ley 1304 de 2009 es promover la protección y recuperación de los bienes culturales del patrimonio arqueológico, histórico, etnológico, paleontológico y artístico de la Nación, amén de que contribuye a que las potencias signantes del mismo también puedan luchar por la preservación de su patrimonio cultural –entendido este concepto como la suma de bienes culturales de una determinada comunidad, sociedad o nación¹³– en la medida en que se trata de enseres que son esenciales para la debida comprensión de sus historias y de sus identidades nacionales. Por ello, pues, el Convenio, al recoger instrumentos similares aprobados con anterioridad, pretende consolidar una serie de estrategias que, en el concierto de un mundo cada vez más integrado y globalizado, busca combatir con dureza este flagelo; no se trata, pues, de un acuerdo entre potencias que resuelva cuestiones atinentes a la propiedad de los bienes culturales –asunto en todo caso deferido al derecho internacional privado– sino

¹² Sent. C-863 de 2006.

¹³ Así, MARTÍNEZ CASAS, ob. cit., pág. 2; este autor se atreve a definir este concepto en un sentido estricto, así: “...el tráfico ilícito de bienes culturales es el traslado transfronterizo de objetos o piezas de valor cultural relevantes para una sociedad determinada, desde un Estado hacia otro o varios, realizado en violación a las leyes internas e internacionales” (pág. 28).

que sólo se limita a lograr la restitución y/o devolución de los bienes robados o ilegalmente exportados al país de origen¹⁴.

Por ello, el instrumento en examen tiene un campo de aplicación delimitado a las demandas internacionales en materia de la acción procesal de restitución de bienes culturales robados y a la devolución de los bienes culturales desplazados del territorio de un Estado a otro, con clara infracción de las normatividades vigentes (art. 1º)¹⁵. Así mismo, en plan de evitar discusiones interminables sobre la materia, se entiende por “bienes culturales” los que “por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, y que pertenecen a alguna de las categorías enumeradas en el Anexo” que aparece al final del mismo convenio (cfr. Art. 2º).

Es más, se acuerdan normas encaminadas a hacer efectiva la restitución de los bienes culturales robados a cuyo efecto se señalan unos términos de prescripción amplios pero precisos y se dispone la forma de compensar, económicamente, a los poseedores de los bienes calificados como de buena fe (cfr. Arts. 3º y 4º), esto es, cuando “*no hubiese debido razonablemente saber que el bien era robado y de que pudiese demostrar que había actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición*”, según reza el texto del Art. 4º que se compadece a plenitud con la presunción de buena fe que ampara la Carta fundamental en su Art. 83: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

También, se disponen los mecanismos para lograr la devolución de los bienes culturales que han sido exportados de forma ilícita (Arts. 5º a 7º) y se señalan diversas disposiciones de carácter general, aplicables a los Capítulos II y III a los que ya se ha hecho referencia (cfr. Arts. 8 a 10; en esta última disposición, recuérdese, se prohíbe

¹⁴ Así, CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS: “Derecho Internacional privado y Convenio UNIDROIT de 24 de junio de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente”, en *Universitas* N° 108, Bogotá, Universidad Javeriana, 2004, pág. 653.

¹⁵ Cfr. CALVO CARAVACA, ob. cit., págs. 654 y ss.

la aplicación retroactiva del Convenio). En fin, en los Arts. 11 a 21 se plasman las “disposiciones finales” llamadas a regular la forma como se debe introducir en los diversos ordenamientos nacionales el Convenio, entre otras situaciones.

Como puede verse, el Pacto en cuestión se ajusta a plenitud a la Carta Fundamental en sus Arts. 7º –donde se señala que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana–, 8º –cuando indica que “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación–, 9º –para el cual, recuérdese, “las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia” y que, pensando en este margen planetario o en nuestra periferia como diría el gran penalista argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI¹⁶, dispone en su inciso 2º que “la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe”, lo que por supuesto también es predicable de las materias de que se ocupa el Convenio–, 70 –cuando, entre otros apartes, señala que “*La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad*”–, 71 –que aboga por el fomento de las ciencias y la cultura– y, sobre todo, el 72 –que, al desarrollar el mismo ideario que anima a la ley objeto de control, dispone de forma perentoria: “*El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e **imprescriptibles**. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica*”–. Por supuesto, la “imprescriptibilidad” que pregona esta última normativa constitucional no pugna con las disposiciones sobre la materia que prevé el Art. 3º del Convenio, máxime que la cláusula prevista en el párrafo 5) posibilita que cada Estado prevea “un plazo más largo” que el allí señalado lo que, por supuesto, no impide la imprescriptibilidad; incluso, el art. 9.1) es claro al afirmar:

¹⁶ Cfr. *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, 1988, págs. 1 y ss.

“El presente convenio no impide a un Estado contratante aplicar otras normas más favorables para la restitución o devolución de los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, distintas de las que se estipulan en el presente Convenio”.

En fin, todo lo hasta aquí dicho hace compatible este Pacto Internacional con la Carta Magna, máxime que también armoniza con los dictados de los Arts. 226 y 227 de la misma. Es más, con toda claridad, el instrumento en examen se corresponde con los Artículos 2, 4 y 5 de la Ley 397 de 1997, que desarrolla los Artículos 70, 71 y 72 de la norma de normas, en especial en aquellos aspectos relacionados con la preservación del Patrimonio Cultural de la Nación y el apoyo y el estímulo a las personas, comunidades e instituciones que desarrollan o promuevan las expresiones artísticas y culturales. Por ello, pues, cabe decir que este Tratado es también una herramienta muy importante para el logro de las tareas propias del Estado en materia de la protección y conservación del patrimonio nacional.

Dicho de otra forma: el Convenio en estudio busca preservar el patrimonio cultural de la Nación y, al establecer normas que permitan recuperar los bienes culturales robados, importados o transferidos ilícitamente, posibilita la cooperación entre las potencias de cara a luchar contra el flagelo que se busca erradicar. Además, debe decirse que un tratado como el examinado se ajusta a los mandatos de la Carta Fundamental cuando busca afianzar los lazos de amistad entre todas las naciones del orbe, preservar la identidad nacional y, lo que es más importante, ayudar a recuperar bienes culturales robados, exportados o importados ilícitamente, todo ello en defensa de la identidad cultural, a cuyo efecto –como ya se mostró en el acápite II de este escrito– Colombia ha suscrito múltiples convenios sobre la materia.

Así las cosas, por las anteriores razones, la Ley 1304 de tres de junio 2009, “Por medio de la cual se aprueba el “Convenio UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente”, firmado en Roma el 24 de junio de 1995”, debe ser declarada exequible.

Para reforzar lo dicho, se deben recordar algunos planteamientos ya hechos por la Corte en asuntos similares:

1. Las consideraciones llevadas a cabo en la providencia por medio de la cual se declaró exequible la Ley 16 de 1992¹⁷ “Por medio de la cual se aprueba el CONVENIO ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA REPÚBLICA DEL PERÚ PARA LA PROTECCIÓN, CONSERVACIÓN Y RECUPERACIÓN DE BIENES ARQUEOLÓGICOS, HISTÓRICOS Y CULTURALES, hecho en Bogotá el 24 de mayo de 1989”; en esa oportunidad se expresó:

“El artículo 8° de la Carta consagra como obligación del Estado y de las personas “proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”, al paso que el 72 deja el patrimonio cultural bajo la protección del Estado y dispone, en lo que concierne específicamente al arqueológico, que pertenece a la Nación y es inembargable, inalienable e imprescriptible, al igual que lo son los demás bienes que conforman la identidad nacional. La ley, ordena la Constitución, establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

Al tenor del artículo 70 del Estatuto Superior, la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad, y el Estado, de acuerdo con ese criterio, está obligado a promover la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación, lo mismo que a asegurar a todos los colombianos, en igualdad de oportunidades, el acceso a la cultura y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional “en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional”. El Estado, según lo preceptúa el artículo 71 ejusdem, creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten las diversas manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.

Es claro que tales objetivos se consiguen de manera mucho más eficaz si, además de una política interna orientada a su realización, Colombia establece vínculos de cooperación, apoyo e intercambio con otros Estados, particularmente si con ellos existen -como acontece con el Perú- elementos comunes y razones de identidad histórica y cultural.

¹⁷ Sent. C-204 de 1993.

Así, pues, “*el Convenio puesto a consideración de la Corte se enmarca dentro de las metas de integración latinoamericana y de promoción y preservación del patrimonio cultural en los términos constitucionales*” (cursivas añadidas).

2. De igual forma, se pronunció¹⁸ sobre la exequibilidad de la Ley 587 de 2000, “por medio de la cual se aprueba el Convenio entre las Repúblicas de Colombia y del Ecuador para la recuperación y devolución de bienes culturales robados, suscrito en Santa Fe de Bogotá el 17 de diciembre de 1996”, oportunidad en la cual se dijo:

“(…) cabe recordar que *además de una regulación interna que desarrolle la política estatal en relación con el patrimonio cultural de la Nación, tendiente a la protección, conservación, rehabilitación y divulgación de dicho patrimonio -como lo disponen los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución, desarrollados por la Ley 397 de 1996, conocida como ley de cultura,- es importante que la política interna se complemente con el establecimiento de vínculos de cooperación con otros Estados*” (cursivas añadidas).

3. Los juiciosos planteamientos que ese organismo hizo cuando también se pronunció en torno a la exequibilidad de la Ley 896 de 2004¹⁹ –“Por medio de la cual se aprueba el Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Bolivia para la recuperación de bienes culturales y otros específicos robados, importados o exportados ilícitamente”, suscrito en la ciudad de La Paz, a los veinte (20) días del mes de agosto del año dos mil uno (2001)–, son igualmente de recibo:

“El sentido específico del Convenio que se revisa en esta oportunidad, es el de *afrontar de manera conjunta con Bolivia los problemas derivados del tráfico ilícito, saqueo, vandalismo, hurto y comercio ilegal de los bienes culturales y de aunar esfuerzos entre países vecinos para contrarrestar este tipo de delitos*. Este objetivo es constitucionalmente legítimo y desarrolla los Artículos 9, 226 y 227 de la Carta, que promueven

¹⁸ Mediante la Sent. C-091 de 2003.

¹⁹ Véase Sent. C-863 de 2006.

la integración latinoamericana y la adquisición de compromisos internacionales sobre bases de equidad y reciprocidad.

Además, tal propósito se enmarca dentro de lo establecido en los Artículos 8° y 95 de la Carta, al desarrollar los compromisos superiores que imponen al Estado la obligación de salvaguardar tales bienes culturales y naturales, y a los ciudadanos, el deber de protegerlos. De hecho, el Convenio celebrado con Bolivia implica que, ante situaciones en las cuales se comprometa la propiedad cultural colombiana en escenarios transnacionales que eventualmente involucren a la República de Bolivia, existirán mecanismos comunes para la recuperación de los bienes culturales colombianos, y viceversa. *En consecuencia, este instrumento internacional no sólo contribuye a desarrollar las responsabilidades establecidas en las normas constitucionales previamente enunciadas, sino que se ajusta a las exigencias constitucionales de los Artículos 70, 71 y especialmente 72 de la Carta, que reconocen la trascendencia del patrimonio cultural de la Nación en la preservación de la identidad nacional, así como su condición inalienable, inembargable e imprescriptible”* (las últimas cursivas pertenecen al texto original, las demás son agregadas).

IV. CONCLUSIÓN

Así las cosas, si se analizan con detenimiento las razones anteriores se debe concluir que la Ley 1304 de tres de junio de 2009 se ajusta a plenitud a la Carta Fundamental desde el punto de vista tanto formal como material, por la cual la H. Corte Constitucional la debe declarar **EXEQUIBLE** en todos sus apartes.

Agradeciéndoles a los H. Magistrados que hayan pensado en nuestra Escuela de Derecho para estos efectos, me es grato suscribirme de Ustedes,

Atentamente,

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Director Departamento de Derecho Penal