

Boletín Nº 26 del

Instituto de Estudios Constitucionales

Escuela de Derecho

EL PRECEDENTE EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

José María Del Castillo Abella - Camilo Guzmán Gómez

¿SE DEBE CAMBIAR EL RÉGIMEN PRESIDENCIAL COLOMBIANO?

Fernando Galvis Gaitán

CONTROL FISCAL SOBRE EL FONDO DE BIENESTAR SOCIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

José María Del Castillo Abella - Camilo Guzmán Gómez

UNA APROXIMACIÓN AL DISCURSO CONSTITUCIONAL SOBRE PRUEBA ILÍCITA

REVISIÓN DE LAS PRINCIPALES DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Luis Javier Moreno Ortiz

EXTINCIÓN DE DOMINIO

José María Del Castillo Abella - Camilo Guzmán Gómez



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

Boletín Nº 26

del
Instituto de Estudios
Constitucionales
Escuela de Derecho

DIRECTOR: LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

**EL PRECEDENTE EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA - CAMILO GUZMÁN GÓMEZ

¿SE DEBE CAMBIAR EL RÉGIMEN PRESIDENCIAL

COLOMBIANO?

FERNANDO GALVIS GAITÁN

CONTROL FISCAL SOBRE EL FONDO DE BIENESTAR SOCIAL

DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA - CAMILO GUZMÁN GÓMEZ

UNA APROXIMACIÓN AL DISCURSO CONSTITUCIONAL SOBRE

PRUEBA ILÍCITA. REVISIÓN DE LAS PRINCIPALES DECISIONES DE

LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

EXTINCIÓN DE DOMINIO

JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA - CAMILO GUZMÁN GÓMEZ



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales

EL PRECEDENTE EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

© JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA - CAMILO GUZMÁN GÓMEZ

¿SE DEBE CAMBIAR EL RÉGIMEN PRESIDENCIAL COLOMBIANO?

© FERNANDO GALVIS GAITÁN

CONTROL FISCAL SOBRE EL FONDO DE BIENESTAR SOCIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

© JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA - CAMILO GUZMÁN GÓMEZ

UNA APROXIMACIÓN AL DISCURSO CONSTITUCIONAL SOBRE PRUEBA ILÍCITA

REVISIÓN DE LAS PRINCIPALES DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

© LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

EXTINCIÓN DE DOMINIO

© JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA - CAMILO GUZMÁN GÓMEZ

Primera edición: mayo de 2011.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda.

Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131.

www.usa.edu.co

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.

Corrección de Estilo: Rodrigo Naranjo.

Bogotá, D.C.

ISSN: 1909-3977

*El hombre es la medida de todos
los animales.
Eliás Canetti.*

CONTENIDO

EL PRECEDENTE EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

<i>José María Del Castillo Abella - Camilo Guzmán Gómez</i>	7
1. LA DEMANDA Y SUS RAZONES.....	7
2. PROBLEMA JURÍDICO.....	7
3. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA.....	8
CONCLUSIÓN.....	11

¿SE DEBE CAMBIAR EL RÉGIMEN PRESIDENCIAL COLOMBIANO?

<i>Fernando Galvis Gaitán</i>	13
INTRODUCCIÓN.....	13
1. REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN.....	15
2. ¿QUÉ ES UN RÉGIMEN POLÍTICO?.....	16
3. RÉGIMEN PARLAMENTARIO.....	17
4. RÉGIMEN PRESIDENCIAL.....	20
6. OTROS RÉGIMENES POLÍTICOS.....	23
7. INCONVENIENTES DE UN CAMBIO DE RÉGIMEN POLÍTICO.....	25
8. VENTAJAS DEL RÉGIMEN PARLAMENTARIO.....	26
9. DESVENTAJAS DEL RÉGIMEN PARLAMENTARIO.....	27
10. VENTAJAS DEL RÉGIMEN PRESIDENCIAL.....	28
11. DESVENTAJAS DEL RÉGIMEN PRESIDENCIAL.....	28
12. VENTAJAS DEL RÉGIMEN MIXTO FRANCÉS.....	29
13. DESVENTAJAS DEL RÉGIMEN FRANCÉS.....	29
CONCLUSIONES.....	30
BIBLIOGRAFÍA.....	32

CONTROL FISCAL SOBRE EL FONDO DE BIENESTAR SOCIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

<i>José María Del Castillo Abella - Camilo Guzmán Gómez</i>	35
1. LA DEMANDA Y SUS RAZONES.....	35
2. PROBLEMA JURÍDICO.....	35
3. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA.....	36
CONCLUSIÓN.....	38

UNA APROXIMACIÓN AL DISCURSO CONSTITUCIONAL SOBRE PRUEBA ILÍCITA.

REVISIÓN DE LAS PRINCIPALES DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

<i>Luis Javier Moreno Ortiz</i>	39
RESUMEN.....	39
INTRODUCCIÓN.....	39
CONCLUSIONES.....	56
REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.....	57

EXTINCIÓN DE DOMINIO

<i>José María Del Castillo Abella - Camilo Guzmán Gómez</i>	59
1. LA DEMANDA.....	59
2. PROBLEMA JURÍDICO.....	59
3. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA.....	60
CONCLUSIÓN.....	62

EL PRECEDENTE EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*José María Del Castillo Abella
Camilo Guzmán Gómez*

Honorable
CORTE CONSTITUCIONAL
Magistrado Ponente
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

REF: EXPEDIENTE D-8413, ARTÍCULO 10 (PARCIAL) DE LA LEY
1437 DE 2011

El suscrito y el Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, en cumplimiento de lo dispuesto por ese despacho en el oficio N° 0511 del 4 de marzo de 2011, nos permitimos emitir opinión en el asunto de la referencia. El cometido se desarrollará bajo la siguiente agenda: 1. Demanda y sus razones, 2. Problema jurídico, 3. Análisis constitucional de los argumentos de la demanda, 4. Conclusión.

1. LA DEMANDA Y SUS RAZONES

El ciudadano Francisco Javier Lara Sabogal demanda la inconstitucionalidad del artículo 10 (parcial) de la Ley 1437 de 2011 POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, de la expresión *“al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”*. El actor señala que el aparte sub-examine es violatorio de los arts. 4, 230 y 241 de la Constitución Nacional.

2. PROBLEMA JURÍDICO

La norma demandada tiene una relevancia jurídica particular, ya que, además de tratarse del nuevo Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, aporta como innovación en el derecho

administrativo el deber para la Administración Pública de aplicación uniforme de las normas y de la jurisprudencia. El problema jurídico a considerar es saber si la redacción del artículo sobre el deber de tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado es contraria a la supremacía de la Constitución y a la jerarquía de normas.

3. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

1. En primer lugar, sobre el cargo de violación del artículo 230 de la Constitución Política, nos parece que la invocación no es acertada puesto que este artículo versa sobre la actividad de los jueces y no de la Administración Pública.

2. En segundo lugar, sobre la violación del artículo 4 y del artículo 241 de la Constitución por el aparte demandado, el actor considera que éste parece imponer la aplicación de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y excluye la aplicación de otras normas y especialmente de las sentencias de la Corte Constitucional y que este vacío legislativo es inconstitucional. Este argumento refleja la dificultad que conoce hoy en día el ordenamiento jurídico colombiano sobre el valor de la jurisprudencia dentro de la jerarquía de normas y de las funciones normativas en el Estado¹ y hace parte del movimiento actual de implementación del sistema del precedente.

Para entender el alcance del artículo 10 del nuevo Código, es necesario recurrir a diversos elementos de hermenéutica. En una primera instancia, es necesario analizar la letra misma de la disposición. Pese a lo que sostiene el actor, la letra del artículo demandado no parece imponer una aplicación de las sentencias de unificación jurisprudencial por encima de otras normas. Al contrario, la norma claramente dice que cuando la administración deba aplicar la Constitución, leyes o actos reglamentarios deberá hacerlo de manera uniforme y para ello deberá tener en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado. Resulta claro que hay dos obligaciones diferentes en el artículo. La primera, es una obligación de resultado, aplicar de manera uniforme las diferentes normas del ordenamiento jurídico y la segunda obligación de la Administración, es de tener en cuenta la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado para cumplir con la primera obligación. Por lo tanto, en este segundo caso, la norma parece imponer una obligación

¹ Béchillon (de) Dénys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, *Economica*, 1996.

de medio mas no de resultado, puesto que sólo se habla de tener en cuenta la jurisprudencia.

En una segunda instancia, se puede recurrir a la intención del legislador como elemento hermenéutico. Si bien el artículo 10 de la Ley 1437 no nos da pistas importantes, el artículo 102 de la misma Ley, que versa sobre la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a Terceros por parte de la Administración, brinda algunos aportes importantes. En efecto, este artículo prevé que la extensión de la aplicación de una sentencia de unificación debe tener en cuenta todos los “elementos jurídicos” pertinentes y que se podrá rechazar esta extensión si la administración considera que “las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación”. Así las cosas, parece entonces que el legislador no pretende imponer la jurisprudencia del Consejo por encima de las demás normas y el artículo bajo estudio debe ser entendido como tal.

En tercer lugar, la disposición criticada debe analizarse a la luz de los principios constitucionales y en concordancia con ellos según la jurisprudencia misma de la Honorable Corte Constitucional. Por lo tanto, el artículo 10 de la Ley 1437 debe ser interpretado a la luz del principio de la legalidad. Este principio impone, en pocas palabras, que la administración haga prevalecer las normas superiores del ordenamiento en sus actuaciones y actos. Tiene especial importancia la Constitución, como lo prevé el artículo 4 de la Constitución de 1991, al ser norma de normas. Bajo este entendido, en caso de incompatibilidad entre cualquier regla jurídica y la Constitución, debe prevalecer esta última. Empero, queda por resolver la cuestión de saber si la jurisprudencia de la Corte puede ser entendida como fuente del derecho y asimilarla a la Constitución. Aquí es necesario recurrir a la teoría de la jerarquía de las funciones normativas en el Estado. Según esta teoría, para entender la jerarquía entre las normas es necesario ver la función normativa que esté cumpliendo la autoridad pública o judicial para determinar el valor normativo de su actuación. Por ejemplo, los actos de la rama legislativa no son todos de rango legislativo. Por el contrario, toca referirse a la función normativa del legislador para determinar el rango de la regla expedida por éste. En virtud de la función normativa, el valor de la norma cambia. Así, por ejemplo, cuando el legislador cumple funciones de poder constituyente derivado, su función normativa es constitucional y por lo tanto el acto expedido tiene valor constitucional. Cuando su función normativa es legislar o producir leyes, sus actos van a tener valor legislativo, y cuando tiene funciones judiciales o administrativas, el valor de sus actos varía en virtud de la función normativa empleada. Lo mismo pasa con el valor de la jurisprudencia si se toma como fuente del derecho;

en virtud de la función que cumpla el juez, se va a determinar la jerarquía de su función normativa y por lo tanto el valor de la jurisprudencia. En Colombia, y en general en los diferentes ordenamientos jurídicos, los jueces cumplen diferentes funciones, dentro de las cuales puede haber funciones asimilables a funciones normativas. El Consejo de Estado, por ejemplo, tiene variadas funciones normativas, pues es a la vez juez constitucional al juzgar la constitucionalidad de los actos reglamentarios, juez de derecho común del derecho de la Comunidad Andina, juez de la legalidad de las actuaciones administrativas entre otras. Esto implica que en virtud de la función normativa que cumpla, la jurisprudencia del Consejo va a tener un rango más o menos alto, puede ser constitucional o cuasi-constitucional, internacional o cuasi-internacional, legislativo o cuasi-legislativo. Así mismo, la Corte Constitucional cuando interpreta disposiciones constitucionales para aplicarlas o hacerlas respetar está dando contenido normativo a las reglas² constitucionales y por lo tanto su jurisprudencia tiene valor constitucional o cuasi-constitucional. Por lo tanto se debe entender, como lo ha dicho la Honorable Corte en múltiples ocasiones, que la interpretación de la Carta hecha por la Corte como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución (art. 241) tiene rango constitucional y puede ser fuente del derecho. Se puede decir entonces, que en virtud del principio de legalidad, la Administración debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional como elemento jurídico pertinente para la aplicación uniforme del Derecho y, que en caso de incompatibilidad o divergencia entre la jurisprudencia de la Corte, siempre y cuando constituya un precedente, y una sentencia de Unificación del Consejo de Estado, la Administración pública debe descartar la jurisprudencia del Consejo y hacer prevalecer la Constitución y la interpretación oficial hecha por la Corte puesto que se puede considerar que las normas no se deben interpretar como aparece indicado en la sentencia de unificación (cf. supra).

Por lo tanto, a la luz de las consideraciones expuestas, se puede considerar que el artículo 10 de la ley 1437 no excluye la aplicación y respeto por parte de la Administración Pública de las diferentes normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

² Béchillon, (de) Dénys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997. En este libro el autor muestra la diferencia que hay entre regla y norma, la primera siendo el contenedor (regla escrita o no escrita) y la segunda el contenido (conducta que se impone).

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, concluimos que se denieguen las pretensiones del accionante, y como consecuencia, se declare la exequibilidad de la expresión “al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en . las que se interpreten y apliquen dichas normas” contenida en el artículo 10 de la Ley 1437.

Respetuosamente,

José María del Castillo Abella

Decano de la Escuela de Derecho

Camilo Guzmán Gómez

Director del Departamento de Derecho Público

Director del Centro de Investigación CREAR

¿SE DEBE CAMBIAR EL RÉGIMEN PRESIDENCIAL COLOMBIANO?

Fernando Galvis Gaitán

SUMARIO. Introducción. 1. Reforma de la Constitución. 2. ¿Qué es un régimen político?. 3. Régimen parlamentario. 4. Régimen presidencial. 5. Régimen mixto francés, semiparlamentario. 6. Otros regímenes políticos. 7. Inconvenientes de un cambio de régimen político. 8. Ventajas del régimen parlamentario. 9. Desventajas del régimen parlamentario. 10. Ventajas del régimen presidencial. 11. Desventajas del régimen presidencial. 12. Ventajas del régimen mixto francés, semipresidencial. 13. Desventajas del régimen mixto francés, semipresidencial. 14. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Desde Platón y Aristóteles se han venido tipificando las diferentes formas de gobierno, sin que quede por fuera casi ninguno de los grandes pensadores políticos de todos los tiempos. Norberto Bobbio en sus conferencias (Bobbio, 1997: 18, 24, 65, 82, 122 y ss.) nos va mostrando las tipologías de Platón: el hombre timocrático, oligárquico y democrático; las de Aristóteles: las formas buenas, monarquía, aristocracia, democracia, y las malas, tiranía, oligarquía y oclocracia; las de Polibio: reino, aristocracia y democracia; Maquiavelo: repúblicas o principados; Bodino: monarquía, aristocracia y democracia; Montesquieu: república, monarquía y despotismo.

Las clasificaciones tradicionales basadas en el número de los que gobiernan, en la finalidad o en la separación, colaboración o concentración de poderes han sido reemplazadas, por ejemplo, por el profesor francés Duverger, para quien lo importante son los partidos políticos, lo que lo conduce a hablar de regímenes políticos unitarios o autocráticos con partido único, dominante o sin partido y pluralistas o democráticos bipartidistas o multipartidistas (Duverger, 1965: 191 a 200). En los regímenes democráticos “el poder se basa en la soberanía popular; los gobernantes son escogidos por medio de elecciones con sufragio universal, relativamente libres y sinceras (es decir, se trata de elecciones verdaderas donde es posible escoger entre varios

candidatos, y no de elecciones plebiscitarias a favor de un candidato oficial único); la estructura del gobierno reposa sobre el pluralismo político y sobre la separación de poderes; las prerrogativas de los gobernantes están limitadas y los gobernados gozan de libertades públicas...” (Id. Ibid: 237).

Para Morlino los regímenes autocráticos o autoritarios “tienden al monolitismo político; las libertades políticas son débiles o inexistentes; la oposición está suprimida o está reducida a la impotencia; la unidad del partido, el partido dominante o la ausencia de partidos, reemplazan el pluralismo de los regímenes occidentales. Las elecciones son plebiscitarias y los gobernantes son autocráticos” (Morlino. 1996:131).

Los profesores italianos, como Bobbio (Bobbio, 1997) o españoles, como Diego López, Marcos Massó y Lucio Perogaro, prefieren el concepto de formas de gobierno y señalan que el término “indica el modo como un ordenamiento funciona, y la forma en que una sociedad se gobierna a sí misma; y desde el punto de vista jurídico, supone el conjunto de procesos jurídicos que disciplinan los mecanismos de asunción de las decisiones públicas destinadas a influenciar la vida de la colectividad. No se refiere ...a todas las decisiones públicas sino solo a aquellas que, en aquel determinado ordenamiento, tienen relevancia de política general” (López, 2000;. 207 y ss).

En Colombia se ha planteado de tiempo atrás por expresidentes, como Alfonso López Michelsen (El Tiempo, 8 de febrero de 2004), la posibilidad de cambiar nuestro régimen político presidencial por el parlamentario y algunos han dicho que se podría cambiar por un régimen intermedio de carácter mixto que es el semiparlamentario o semipresidencial de Francia. Los senadores Juan Fernando Cristo, Camilo Sánchez, Juan Manuel López y el representante Joaquín José Vives propusieron el proyecto de ley número 102 de 2004 por el cual se convoca una Asamblea Nacional Constituyente para sustituir el régimen presidencial por el parlamentario (Véase, Gaceta del Congreso 483 de 2004). Los senadores Rafael Pardo, Andrés González, Mauricio Pimiento y los representantes Luis Fernando Velasco y Sandra Ceballos propusieron el proyecto de ley 104 de 2004 que convoca una Asamblea Constituyente que sustituye el régimen presidencial por el semipresidencial (Véase, Gaceta del Congreso 483 de 2004). En ambos proyectos se considera que el régimen presidencial ha fracasado, aunque no explican en qué se basan para hacer tan categórica afirmación. En ambos proyectos los congresistas proponen que 35 delegatarios elegidos en circunscripción nacional se reúnan en Bogotá durante tres meses para aprobar el cambio de régimen político. Sobre este proyecto se hicieron audiencias públicas y se debatió en la Comisión I Constitucional pero en el 2004 no fue aprobado en primer debate.

Vamos a examinar estas tres posibilidades analizando en qué consiste cada régimen político, los inconvenientes, las ventajas y desventajas posibles de los tres regímenes, las consecuencias que un cambio de tal naturaleza acarrearía para, por último, sacar algunas conclusiones.

1. REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Si se piensa en un cambio de régimen para pasar a uno parlamentario o a uno mixto francés, semipresidencial, lo primero que hay que tener en cuenta es que se trataría de una reforma de fondo de la Constitución y uno se puede preguntar: ¿el régimen presidencial es una de las cláusulas pétreas que no se pueden cambiar por el Congreso? ¿Si no la puede cambiar el Congreso, lo podría hacer una Asamblea Nacional Constituyente, como la de 1991, o el único que la puede cambiar es el pueblo y esto por la vía del referendo? En los dos proyectos de ley mencionados se resuelve la inquietud por el lado de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, en seis años estos proyectos no han avanzado y deben reposar el sueño de los justos en los archivos del Senado.

Cuando se trata de reformar la Constitución, no se debería pensar en cambios intrascendentes o de poca monta, como ha sido el caso de muchas de las veintisiete reformas que se le han hecho a la Constitución de 1991 (Véase, Ricaurte Losada Valderrama, 2009). Esto quiere decir que una reforma de la Carta es cosa seria y que no se puede manosear la Constitución y modificarla por razones baladíes o por intereses personales. Una reforma de la Carta se debe meditar mucho, discutir con todos los estamentos de la sociedad colombiana, analizarla detenidamente y solo cuando haya un consenso nacional proceder a hacerla. No proceder así es signo de ligereza que atenta contra la estabilidad y legitimidad de las instituciones y que asemeja la Constitución a una ley que en nuestro medio es relativamente fácil de modificar. Claro está que la Constitución y la ley no deberían ser un juguete en manos de congresistas poco preparados que proponen y muchas veces consiguen aprobar reformas constitucionales o leyes sin ton ni son, para halagar a sus electores y poder asegurar que su labor en el Congreso ha sido fructífera, pues son los padres de una reforma constitucional o de no se cuántas leyes. En países serios esto no sucede. Se analiza si es conveniente y necesario un cambio en la Carta o una nueva ley y solo cuando se llega a esta conclusión se presenta el proyecto y se aprueba. En Colombia tenemos más de una reforma constitucional por año y una explosión incontrolada de leyes mal pensadas y peor redactadas que dificultan grandemente su cumplimiento. Siempre se ha dicho y con razón que lo importante no es tener muchos artículos en una Constitución y millares y millares de leyes

sino suficientes artículos de la Carta y pocas leyes, pero para ser cumplidas por todos porque son conocidas, son respetadas y se les reconocen su necesidad e importancia.

Cambiar el régimen político es un punto esencial de nuestra organización democrática, es una cláusula pétrea, y por ello el Congreso como poder delegado por el pueblo para expedir leyes, y la Constitución es la más importante de ellas, no puede modificar lo fundamental por no ser el constituyente primario. Es decir, pensamos que esta labor le corresponde al constituyente primario, esto es, al pueblo y la forma de hacerlo es por medio de un referendo que cuente con un amplio apoyo popular. Una Asamblea Nacional Constituyente podría adelantar esta reforma porque aunque es un grupo de personalidades elegidas y delegadas por el pueblo por lo que se los llama delegatarios, éstos solo pueden hacer lo que les ordene el pueblo y si éste los elige para cambiar el régimen político estarían facultados para ello.

2. ¿QUÉ ES UN RÉGIMEN POLÍTICO?

Georges Burdeau define en su *Méthode de la science politique* un régimen político como “el conjunto de instituciones al interior de las cuales se reparten los mecanismos de la decisión política” (Burdeau, 1959: 435). Considera que “un conjunto de instituciones políticas que funcionan en un país determinado, en un momento dado, constituye un régimen político” (Duverger, 1965: 11). Es decir, para que exista un régimen político se requiere un conjunto de instituciones políticas: el monarca, sus consejeros y funcionarios y su ejército, en el régimen monárquico; el presidente, sus ministros, los funcionarios, el congreso y las altas Cortes, en el régimen presidencial; el rey o el presidente, el congreso, el primer ministro y los funcionarios en el parlamentario. Estas instituciones se reparten las decisiones políticas a través de lo que se conoce como las ramas del poder político. Como dice Chabot, (2003: 237) “cada uno de los poderes se define en relación con una función y esa trifuncionalidad se define ella misma por un acto juzgado implícitamente como el acto central de todo poder político”.

Según Duverger, todo régimen político responde a problemas de la autoridad de los gobernantes y de la obediencia de los ciudadanos, a la manera como se escogen los gobernantes, a la estructura gubernamental y a los límites del poder (Duverger, 1965: 13 y 14). Para el mismo profesor, en un régimen político es muy importante el número de partidos, bipartidismo o multipartidismo y la estructura interior de los partidos “y sobre todo la disciplina de voto de sus diputados (Duverger, 1965: 195 y 196).

Podemos decir que un régimen político es un conjunto de instituciones que responden de diferente manera a los diversos problemas que enfrenta el poder, o podemos afirmar que es la organización de instituciones políticas para tomar decisiones públicas. Las instituciones varían de acuerdo con el régimen político, los reyes en el régimen monárquico, los presidentes en el presidencial, los primeros ministros en los parlamentarios, los dictadores en los regímenes dictatoriales, y existen otras instituciones como los ministros, los directores o gerentes de entidades descentralizadas, los organismos de planeación, los Bancos centrales. En otras palabras, los regímenes políticos organizan de diversa manera las ramas del poder público y las entidades públicas. Como dice JACQUES LAGROYE, “se designa como Régimen Político la forma que toma el poder político en una sociedad, es decir, la disposición de las instancias especializadas de gobierno, las características de estas instancias, y el tipo de relaciones que caracterizan sus relaciones habituales –dicho de otra manera, su configuración”. (Lagroye, 2002: 169). Para el profesor francés, sus componentes son: las instituciones y los roles (consejos, parlamentos); los grupos de actores organizados (partidos políticos, cuerpos de funcionarios); los grupos de actores organizados para influir (grupos de interés, sindicatos, organizaciones profesionales); el conjunto de reglas de las instancias especializadas o no; los saberes y el saber hacer necesarios para tener un rol político. Un régimen político con sus componentes, reglas oficiales y textos que los definen “frecuentemente se modela, transforma, redefine y se recompone por la sociedad civil que gobierna”. (Lagroye, 2002: 172).

En Colombia, desde nuestras primeras Constituciones, tenemos un régimen presidencial considerado por los críticos franceses como presidencialista por considerar excesivo el papel y las funciones del presidente. No hemos optado ni por el régimen parlamentario, ni por el semiparlamentario ni por el monárquico ni mucho menos por el dictatorial.

3. RÉGIMEN PARLAMENTARIO

El régimen parlamentario europeo nació en Gran Bretaña en 1689 y en los siglos XIX y XX se convirtió en el régimen político preponderante en la mayoría de los Estados del viejo continente. El profesor francés Jacques Gicquel cita la graciosa ocurrencia de León Blum para quien el régimen parlamentario es parecido a la vida matrimonial “por la confianza o la solidaridad que caracteriza fundamentalmente las relaciones entre los poderes. Sobre esta base jurídica se instaura entre ellos una colaboración equilibrada y responsable” (2002: 121) A la cabeza del régimen parlamentario está el Rey o la Reina o un presidente. Así, para mencionar solo algunos casos, tenemos el Rey Juan Carlos en España, la Reina Isabel

en Gran Bretaña, el Rey Alberto en Bélgica, los presidentes Horst Köhler en Alemania y Giorgio Napolitano en Italia, debido a la abolición del Reinado y a la instauración de la República en estos dos últimos Estados.

Los Reyes son de origen aristocrático y acceden al poder por herencia, aun cuando no reúnan condiciones para serlo, como el Zar de Rusia Nicolás II, Carlos IV o Fernando VII de España. Los presidentes los elige el parlamento Alemán o Italiano. Reyes y presidentes son Jefes de Estado y sus funciones son protocolarias y de relaciones públicas y pocas veces tienen poder real. Excepcionalmente, un Rey como Juan Carlos de España tuvo un papel decisivo para mantener la democracia y evitar el retorno del franquismo porque el Rey español es jefe de las Fuerzas Armadas, pero usualmente son ciudadanos que visitan otros Estados, asisten a conferencias internacionales, pronuncian discursos, otorgan premios como el Príncipe de Asturias en España o el Nobel en Suecia, se casan con gran boato y pompa, son muy ricos como los Windsor de Gran Bretaña y requieren contar para ser reyes con grandes recursos económicos que reciben del Estado para su sostenimiento y el de sus castillos, automóviles, carrozas, funcionarios, pesebreras reales, recepción de invitados, etc. La familia real del Reino Unido, para mencionar solo un ejemplo, le costaba en el 2009 al presupuesto inglés 12.6 millones de dólares y eso, a pesar de un acuerdo entre el palacio de Buckingham y el Ministerio de Hacienda que solo permite hacerles incrementos anuales de acuerdo con la inflación. Los diputados de la Cámara de los Comunes se quejan y uno de ellos, Norman Baker, afirmó: “no es bueno que se hagan recortes dolorosos en los servicios públicos y el contribuyente tenga que pagar los vuelos del Príncipe Andrés para jugar golf. Si la familia real no tiene suficiente dinero, el Castillo de Windsor podría entregarse al English Heritage (Patrimonio Nacional) para que lo abra al público y pague por visitarlo” (El Tiempo, 28 de septiembre de 2009).

El poder de verdad lo tienen los primeros ministros con denominaciones diversas, como Rodríguez Zapatero de España que es Presidente del Consejo de ministros, o Ángela Merkel que es canciller. Todos los primeros ministros son jefes de gobierno, como, por ejemplo, Silvio Berlusconi en Italia. En pocas palabras, las funciones ejecutivas en el régimen parlamentario se dividen entre el Rey o Presidente y el jefe de gobierno que es el primer ministro.

En el régimen parlamentario, los primeros ministros provienen del Parlamento y se convierten en jefes de gobierno por ganar las elecciones, como la Thatcher o Brown en Gran Bretaña o Aznar y Rodríguez Zapatero en España. Si los partidos no son fuertes y apenas obtienen una mayoría

relativa pueden gobernar con un gobierno de minoría que difícilmente logra hacer aprobar las leyes a menos que recurra a conformar una coalición. Ángela Merkel con el 36% de los votos el 27 de septiembre de 2009 con sus partidos Demócrata Cristiano y Social Cristiano, gobernó cuatro años en coalición con los socialistas. José Sócrates de Portugal con 37% de los votos el 27 de septiembre de 2009, gobernó en coalición al perder la mayoría con la que contaba en el parlamento portugués (El Tiempo, 28 de septiembre de 2009).

Una característica, que me parece es la más importante, consiste en que este régimen es de colaboración de poderes y no de separación de poderes, como el presidencial, o de confusión de poderes, como en los regímenes autoritarios o autocráticos. En un régimen de colaboración de poderes, cada poder es independiente, desempeñan sus funciones y se ayudan o trabajan de común acuerdo. En este régimen, el primer ministro debe contar siempre con el apoyo mayoritario de los parlamentarios, y si lo pierde por una moción de censura votada en su contra debe dimitir y constituir una nueva mayoría por medio de una coalición o convocar a elecciones para que sea el pueblo el que cree las nuevas mayorías. En consecuencia, este régimen tiene solución para el caso de crisis o enfrentamientos entre los partidos por divergencia de ideologías, programas, proyectos o diferentes soluciones a los distintos problemas de un país.

El período de los primeros ministros es, generalmente, de cuatro años pero puede recortarse si se convoca a elecciones anticipadas porque un voto de censura obligue a hacerlo o porque la coalición se resquebraje. Cabe la posibilidad, muy utilizada en Bélgica, de buscar una nueva coalición ante el duro enfrentamiento entre valones o francofonos y los flamencos, y la dificultad de conformar un gobierno mayoritario. Nueve meses duraron los belgas para poder conformar un gobierno permanente y no uno provisional. En este caso se acude ante el Rey o el Presidente para buscar una coalición mayoritaria que dé estabilidad al nuevo gobierno por lo menos hasta que los enfrentamientos lleven a anticipar las elecciones para que el pueblo decida en las urnas o para que en los corredores de los palacios se acuerde un nuevo gobierno. En otras palabras, el régimen parlamentario requiere el apoyo mayoritario del gobierno por parte de los congresistas. Cuando no se cuenta con él, la solución es el anticipo de elecciones, un gobierno minoritario o una nueva coalición.

La moción de censura o de desconfianza en caso de ser aprobada por la mayoría de los parlamentarios conduce a la renuncia del primer ministro y de todos sus ministros y, como decíamos líneas arriba, se convoca a nuevas

elecciones o se empiezan las negociaciones para conformar una nueva coalición o recomponer la mayoría. En otras palabras, el control político por parte del Congreso es efectivo y sus consecuencias inmediatas.

En el régimen parlamentario es posible que un primer ministro esté en el poder muchos años sin que se cause ningún traumatismo ni la reelección atente contra la democracia y por ello sea dañina. Margaret Thatcher lo fue por once años, Felipe González por trece, Tony Blair durante diez años, José María Aznar lo fue por ocho años, José Luis Rodríguez Zapatero va por su segundo cuatrienio y Silvio Berlusconi completa más de diez años de primer ministro.

Para que funcione bien el régimen parlamentario requiere partidos fuertes, disciplinados, bien organizados. Muy difícilmente el régimen parlamentario trabaja bien con una multitud de partidos, con partidos concebidos como microempresas electorales de cada congresista, o con partidos en que sus miembros actúan por su cuenta y en contra de las decisiones de sus directivas o de la bancada. En Inglaterra o en España, partidos sólidos permiten tener mayorías suficientes y se puede gobernar sin traumatismos. Los partidos son esenciales para que funcione la democracia correctamente, para que se tomen decisiones mayoritarias y para que el partido que pierde las elecciones constituya un gobierno en la sombra y se plantee como una alternativa de poder que puede ser apoyada por los electores. El voto de opinión es decisivo porque es, para mencionar solo dos casos, el que permite gobernar una vez a los socialistas y otra al partido popular en España o una vez a los conservadores y otra a los laboristas en Gran Bretaña.

4. RÉGIMEN PRESIDENCIAL

El régimen presidencial fue inventado en Estados Unidos para reemplazar el Absolutismo Monárquico de los reyes ingleses, y luego fue imitado por los países latinoamericanos. El régimen presidencial es el más parecido a un régimen monárquico, con la diferencia de que el Presidente no es de familia real sino de elección popular, no asciende al poder por herencia ni mantiene el poder durante toda su vida sino por un tiempo limitado de cuatro a seis años. Conat anota que en el presidencialismo latinoamericano su primera preocupación no era “limitar el poder sino hacerlo eficiente. Deseaban jefes de Estado <<a la vez representantes y constructores de la nación>>. Así mismo, las Constituciones latinoamericanas acuerdan generalmente al Presidente poderes de los cuales no disponen en Estados Unidos: el derecho de iniciativa en materia legislativa, el derecho de poner en vigencia el presupuesto por decreto si no ha sido adoptado a tiempo, el derecho de abrir créditos adicionales por el mismo procedimiento y

sobre todo una forma particular de derecho de veto que permite oponerse a la promulgación no solamente, como en los Estados Unidos, a un texto completo, sino también a algunas disposiciones particulares de un proyecto de ley. El veto le da al presidente una influencia considerable en materia legislativa porque puede descartar las enmiendas aportadas a sus proyectos y aun modificarlas según su conveniencia. Además, los ministros concurren a las sesiones del Congreso y pueden tomar libremente la palabra” (Citado, Chantebout, 1999:131 y 132).

El presidente, elegido por el pueblo periódicamente, tiene en sus manos la mayor parte de las funciones ejecutivas y es al mismo tiempo jefe de Estado y de gobierno y suprema autoridad administrativa, como dice nuestra Constitución en su artículo 115. El Congreso hace las leyes, el judicial las aplica, los órganos de control lo limitan y los electorales identifican a las personas, organizan elecciones y regulan en casos concretos el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos. Es decir, se trata de un régimen de separación de poderes en el cual las diferentes ramas del poder pueden colaborar armónicamente para la realización de los fines del Estado (art. 113 Constitución Colombiana). A pesar de esta característica, en Colombia el Gobierno expide leyes, las reglamenta, presenta proyectos de ley y en algunos casos tiene iniciativa exclusiva, puede objetar o vetar los proyectos aprobados por las dos Cámaras, las promulga, convoca al Congreso a sesiones extraordinarias por el tiempo que les señale y el presidente instala y clausura las sesiones del Congreso. A su turno, el Congreso no solo aprueba o rechaza los proyectos de ley del gobierno sino también ratifica los tratados internacionales y puede votar una moción de censura que obliga a renunciar a un ministro, director de departamento administrativo o superintendente (Acto Legislativo 01 de 2007).

Una segunda característica del régimen presidencial es la irresponsabilidad política del Gobierno, es decir del Presidente y sus ministros, ante el Congreso. Por ello, las citaciones que deben atender y los informes que deben presentar al Congreso constituyen un débil control político. En Colombia se ha establecido un sistema híbrido en el cual se puede aprobar la moción de censura o de desconfianza sobre un solo ministro, director de departamento administrativo o superintendente y al ser aprobada obliga al ministro a renunciar. Este curioso engendro jurídico es ilógico porque el Gobierno lo constituyen el Presidente y sus ministros (art. 115) y al aprobar una censura a un ministro se está sancionando al Presidente, lo que por definición no se puede hacer en un régimen presidencial. Claro está que la moción de censura no se ha inaugurado en Colombia porque los congresistas atados a las prebendas, puestos, contratos y ventajas que genera la alianza con el Presidente no quieren perder todas estas ventajas.

En el 2007 se aprobó el Acto Legislativo 01 por medio del cual se amplió la moción de censura a los directores de departamento administrativo y superintendentes y se permitió que sea aprobada por una sola de las dos Cámaras y tampoco se ha inaugurado porque la mayoría de los congresistas prefieren ir en el tren presidencial de la victoria a moverse en las arenas movedizas de la oposición y la falta de prebendas.

Es posible que un Presidente no cuente con las mayorías en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes y no por eso deja de trabajar y de ejercer sus funciones. Este fue el caso de, por ejemplo, los Presidentes conservadores Mariano Ospina Pérez y Andrés Pastrana Arango. A Ospina trataron las mayorías liberales de las dos Cámaras de destituirlo y el Presidente cerró el Congreso. Pastrana manejó la situación y no tuvo que acudir al cierre del Congreso. Quiere esto decir que por no tratarse de un régimen de colaboración de poderes sino de separación cada uno puede marchar por su lado sin que por eso dejen de funcionar las dos ramas del poder público.

La cuarta característica del régimen presidencial consiste en no tener soluciones para el caso de crisis o agrios enfrentamientos entre el Presidente y las mayorías opositoras del Congreso y del país. Las elecciones no se pueden adelantar y aunque es posible conformar nuevas mayorías y atraer a los opositores al gobierno, no es fácil conseguirlo y frecuentemente se presenta una parálisis de la agenda legislativa y acrecian las críticas de la oposición sin que exista una solución institucional.

Un mal Presidente puede permanecer en su cargo hasta el final del período sin que exista una manera de reemplazarlo. Si cuenta con el apoyo de las Fuerzas Armadas se puede mantener todo el período y en caso contrario será reemplazado por un golpe de Estado desestabilizador. Existe la posibilidad de la renuncia del Presidente pero este puede lograr mantenerse si así lo desea. En el régimen presidencial se cree que el Presidente como el rey no se puede equivocar y por eso solo existe ante un mal Presidente la paciencia del pueblo que se lo aguante hasta que termine su período o esperar a que se muera o renuncie.

5. RÉGIMEN MIXTO FRANCÉS, SEMIPRESIDENCIAL

El régimen que podríamos llamar mixto o semipresidencial fue el inventado por el General De Gaulle en Francia en el cual se mezclan características del régimen presidencial y del parlamentario. Del presidencial toma el Presidente de elección popular y jefe de Estado, y del parlamentario el

primer ministro, jefe de gobierno, miembro del parlamento y jefe que ha ganado las elecciones o es la cabeza de una coalición. El Presidente no responde ante el parlamento como sí lo hace el primer ministro, que puede ser obligado a renunciar en unión de sus ministros y en este caso se conforma una nueva mayoría con una coalición o se convoca a nuevas elecciones. En el régimen semipresidencial se permite que el Presidente sea de un partido con una ideología y un programa y el primer ministro pertenezca a otro partido antagónico del presidencial. Es lo que ha sucedido en Francia, donde denominan esta situación como una cohabitación que de ser pacífica y tolerante deja funcionar el régimen pero que de ser violenta e intolerante, no permite funcionar bien al gobierno.

El Presidente escoge al primer ministro del partido que ganó las elecciones o de la coalición mayoritaria, participa en la escogencia de los ministros, preside el consejo de ministros, promulga las leyes, nombra los altos funcionarios y los embajadores, negocia y ratifica tratados internacionales, firma los actos reglamentarios, es jefe de las fuerzas armadas, preside el comité de defensa nacional, concede el derecho de gracia y preside el Consejo superior de la magistratura y nombra sus miembros, disuelve la Asamblea Nacional, convoca a referendo y puede utilizar poderes excepcionales en caso de ser necesario (Galvis, 2005: 261 y 262).

El primer ministro lo nombra el Presidente pero debe gozar de la confianza del parlamento; “dirige la acción del gobierno, realiza la política presidencial, dirige la mayoría parlamentaria, es el jefe supremo de la administración, asegura la ejecución de las leyes y ejerce el poder reglamentario, remueve los ministros con la aprobación del Presidente, nombra todos los empleados civiles y militares salvo los que le correspondan al Presidente y, por delegación presidencial puede presidir el consejo de ministros y el comité de defensa nacional (Id. Ibid: 263). Es un régimen que requiere un gran equilibrio para poder funcionar bien, una cultura política tolerante y ciudadanos participantes.

6. OTROS REGÍMENES POLÍTICOS

Hemos recordado lo que son los regímenes políticos democráticos, liberales y capitalistas, para seguir a Duverger (1965: 242), pero nos haría falta examinar los regímenes autoritarios o autocráticos latinoamericanos. Se caracterizan por la falta de participación popular en la escogencia y en el ejercicio del poder y por la carencia de control de los gobernantes, por la concentración de poderes en el jefe supremo, por la inexistencia de libertades y derechos de las personas, por ser Estados, no de derecho, sino

dependientes del arbitrio del partido único y de su jefe y por estructuras de violencia, policía, detectivismo, control de las calles y de los vecinos por los adeptos, de bonos para obtener los productos básicos, de propiedad estatal de los bienes de producción, propiedad privada únicamente para los bienes de consumo, planificación autoritaria e intervencionismo y de una organización gubernamental que beneficia a los miembros del partido comunista o del que está en el poder. Aunque existen en Colombia partidos comunistas partidarios de las dos formas de lucha: la política y la guerrilla, con apoyo sindical y de intelectuales, las posibilidades de ascenso al poder son pocas debido al escaso apoyo popular en las urnas y a la imagen desfavorable que de ellos tiene la opinión pública nacional y la sociedad civil. En épocas pasadas de auge, el partido comunista logró tener alguna influencia que perdió con el fervor gaitanista y hoy, aunque cuentan con órgano periodístico como *Voz*, anterior *Voz Proletaria* y células bien organizadas, su porvenir depende de coaliciones con partidos de izquierda (Unión Patriótica, POLO) o del éxito de las FARC que fueron dirigidas por miembros del comité Central del Partido Comunista, como lo fue Tirofijo. O quizás sueñan con el éxito del ELN de tendencia castrista comunista. El MOIR y otros movimientos similares tienen poca influencia y muy escasas posibilidades de llegar al poder presidencial. Las huelgas dirigidas por dirigentes comunistas no logran socavar el sistema político ni las obras de teatro y la literatura marxista aumentan, en forma sensible, las filas de los partidarios de socialismo científico. No hemos tenido experiencias de gobiernos comunistas, excepto en la zona de distensión durante los tres años de la época de la presidencia de Andrés Pastrana, pero sus resultados fueron desalentadores. No parece ser factible un régimen comunista en Colombia.

En cuanto a un régimen fascista al estilo Mussolini o nazista a la Hitleriana ni hemos tenido experiencias similares a la italiana o alemana ni existen suficientes partidarios de estos regímenes totalitarios, violentos, violadores de todos los derechos y libertades, genocidas y con normas de derecho arbitrarias. No parecen tener la más mínima posibilidad de llegar al poder presidencial.

Nos quedan los regímenes populistas del socialismo del siglo XXI al estilo Chaves basados en el poder del petróleo y de las armas, en la concentración de todos los poderes en el Presidente, arbitrarios y violentos, en búsqueda permanente de a quién agredir, cimentados en el marxismo y el populismo, en el fraude, las nacionalizaciones, las misiones de salud y los mercados populares, el fuerte apoyo en las urnas y en las calles, en el control calle por calle de los ciudadanos y en el poder mediático concentrado en los chavistas. Las consecuencias del régimen chavista han sido desfavorables

para una buena parte de los venezolanos. El desabastecimiento, la inflación, el alto costo de vida, la corrupción, las fallas protuberantes en los servicios públicos, la carencia de libertades, la concentración de poderes en el dictador Chaves, la arbitrariedad, la persecución de los opositores, la inseguridad jurídica y en las calles y poblados el dominio de los delincuentes, fomentan el descontento y hacen difícil la consolidación de un socialismo cada vez más parecido al de los antiguos Estados comunistas del siglo XX. Los grupos que apoyan el chavismo en Colombia no parecen tener importancia numérica ni influencia en las masas populares y sus posibilidades de llegar a la presidencia son remotas.

7. INCONVENIENTES DE UN CAMBIO DE RÉGIMEN POLÍTICO

Si el pueblo por medio de un referendo o de una Asamblea Constituyente lo decide, se podría cambiar nuestro régimen político. Sin embargo, hay unos inconvenientes que vale la pena mencionar. El primero es el peso de la tradición y de la historia. Llevamos cerca de doscientos años con un régimen presidencial, ¿se podrá cambiar de régimen político sin tener en cuenta el peso que tiene la tradición, la costumbre y la historia en la vida del pueblo colombiano? Antes de la independencia teníamos un régimen monárquico, y el régimen presidencial, como se ha repetido con frecuencia, es un rey que se elige cada cuatro años, ¿podríamos cambiar de régimen fácilmente? Para hacerlo habría que demostrar el fracaso del régimen presidencial y una vez hecho esto convencer al pueblo de la bondad de otro régimen. Como no hay antecedentes de otro régimen en nuestro país habría que acudir a la experiencia de otros pueblos y sus circunstancias pueden ser muy ajenas a las nuestras. Tal sucede con los Estados europeos donde existe el régimen parlamentario y el mixto francés, pero sus condiciones, su entorno, su historia, sus tradiciones son completamente distintas de las nuestras.

El segundo inconveniente hace referencia a la falta de solidez de los partidos en Colombia. Los partidos unipersonales abundan en Colombia. Se fundan para que su jefe sea senador o candidato presidencial pero sus programas y proyectos de gobierno son poco importantes. A pesar de las reformas políticas existe un excesivo número de partidos lo que dificulta en grado sumo la gobernabilidad y el buen gobierno. Formar mayorías entre tan heterogéneas agrupaciones es supremamente complicado. Una sólida democracia como la inglesa o la española requiere sólidos partidos, y la nuestra para serlo debería empeñarse en tener partidos que como en muchas épocas pasadas fueron fuertes, sólidos y basados en programas y proyectos doctrinales que llevaban a la práctica.

8. VENTAJAS DEL RÉGIMEN PARLAMENTARIO

El régimen parlamentario tiene la ventaja sobre el regímenes presidencial de ser un régimen de colaboración de poderes. En este régimen como quiera que el primer ministro proviene del parlamento y debe contar con el apoyo mayoritario de los parlamentarios para poder gobernar, no debe haber enfrentamiento entre el poder legislativo y el ejecutivo sino mutua colaboración. Es más fácil que funcione bien el régimen con sólidos partidos como el partido popular y el socialista español o los conservadores y los laboristas ingleses, que cuando existen muchos partidos y se requiere una coalición. Pero, aun en esta eventualidad la colaboración facilita el gobierno.

Otra ventaja del régimen parlamentario radica en que, a diferencia del régimen presidencial, cuando hay desacuerdo entre ejecutivo y legislativo hay varias maneras de zanjar el desacuerdo ya que se puede convocar a elecciones anticipadas y de esta suerte la decisión de quién debe gobernar le corresponde al pueblo. También se puede optar por una nueva coalición para conformar una nueva mayoría y asegurar el funcionamiento del gobierno. Por último, puede seguir al frente del ejecutivo una minoría mientras se logran conformar nuevas mayorías.

Este sistema tiene una tercera ventaja consistente en que es un ejercicio democrático en el que las mayorías gobiernan y las minorías se oponen sin que esto signifique el fin del Estado ni un traumatismo imposible de superar.

La cuarta ventaja se refiere a que la oposición puede conformar lo que se llama un gabinete en la sombra en el cual el jefe de la oposición actúa como primer ministro y nombra ministros que están informados de lo que sucede en la realidad con los que tienen el verdadero poder. De esta manera la oposición se prepara para ejercer el poder y se constituye en una alternativa de gobierno seria que puede en cualquier momento convertirse en gobierno. Esta característica está muy ligada con otra ventaja basada en el voto de opinión y no en el voto sectario de los militantes. En efecto, en Inglaterra o en España ningún partido tiene aseguradas las mayorías en forma indefinida sino que tienen que conquistar al electorado con buen gobierno los que están al frente de él o con buenas propuestas alternativas los que están en la oposición. La opinión pública puede ser mayoritariamente del partido socialista, luego del popular y retornar al socialismo como sucedió en España con Felipe González, socialista, José María Aznar, popular, y José Luis Rodríguez Zapatero, socialista, o como aconteció con Margaret

Thatcher o Wiston Churchill, conservadores reemplazados por Jhon Mayor y Antony Eden, laboristas.

En su exposición de motivos para propiciar en Colombia el régimen parlamentario los proponentes consideran que sus ventajas son las siguientes:

- “Gobierno con mayorías parlamentarias, lo que redundará en mayor capacidad de gobierno.
- Mayor fuerza de los partidos políticos.
- Mayor fuerza para enfrentar las crisis de credibilidad.
- Promoción de alternativas de oposición.
- No hay períodos fijos de gobierno”.

9. DESVENTAJAS DEL RÉGIMEN PARLAMENTARIO

La principal desventaja del régimen parlamentario radica en la inestabilidad que lleva a constantes cambios de primer ministro como ha sucedido donde existen muchos partidos y las coaliciones se desmoronan al estilo de la Tercera República francesa o de Italia después de la disminución significativa de la votación de los partidos demócrata cristiano de De Gasperi y Fanfani, socialista de Nenni y Craxi y comunista de Togliatti y Berlinguer que permitieron gran estabilidad durante los años de posguerra y donde multitud de partidos, algunos regionales como en la Italia de hoy día llevan a gobiernos inestables. En otras palabras, los regímenes parlamentarios no son posibles allí donde los partidos o son muchos, o carecen de disciplina, o son empresas electorales de minúsculos grupillos.

El profesor Duverger estima que en los regímenes parlamentarios multipartidistas el régimen parlamentario “funciona muy mal... o conduce a la inestabilidad parlamentaria y a la ineficacia de los gobernantes” (Duverger, 1965: 197). Líneas más adelante precisa su pensamiento así: estos regímenes no tienen “nunca asegurada una mayoría pues se basan en una coalición heterogénea, que tiende con frecuencia a deshacerse y los gobiernos son por naturaleza inestables y débiles. No pueden practicar el arte de las mayorías alternativas, como en un sistema presidencial: porque las coaliciones a las cuales son infieles tienden a reformarse contra ellos y a derrocarlos. Su preocupación fundamental y cotidiana consiste en ensayar mantener su mayoría: así, se orientan hacia las intrigas parlamentarias más que hacia la opinión pública. Esta suerte de introversión política es probablemente su defecto más grave” (Duverger, 1965: 199).

10. VENTAJAS DEL RÉGIMEN PRESIDENCIAL

Si se considera que el peso de la historia, de la tradición y de la conciencia histórica de un pueblo tiene importancia, el régimen presidencial colombiano con doscientos años de ejecutorias es difícilmente reemplazable. La historia nos enseña que en Colombia desde la época indígena, pasando por la del Nuevo Reino de Granada y la República siempre hemos tenido un ejecutivo fuerte centrado en una persona, el Zipa, el Zaque o el Cacique, el Presidente o el Virrey español y los 63 presidentes republicanos (Véase, Ignacio Arismendi, 1983). De manera que históricamente no hemos tenido un parlamento fuerte ni una aristocracia que reclame derechos y los haga valer en el Congreso ni una burguesía progresista que imponga sus intereses en el parlamento ni una buena clase dirigente que abandone los odios y rencillas personales, olvide enriquecerse a costa de los pobres y permita las transformaciones de fondo que requiere el país.

El régimen presidencial presenta la ventaja de tener un Presidente que concentra en el caso colombiano las funciones más importantes, lo que significa que tiene un gran poder de decisión y de ejecución y puede trabajar por el desarrollo, hacer obras y solucionar los problemas en beneficio de todos,

“El sistema presidencial, según Duverger (1965: 198) asegura un gobierno estable y relativamente fuerte, a pesar de la debilidad de las mayorías... Este gobierno juega un juego sutil con el parlamento para obtener el voto del presupuesto o de los proyectos de ley. Practica esencialmente el arte de las mayorías alternativas, según la naturaleza de los problemas: la mayoría sobre un problema financiero puede ser diferente de la mayoría sobre un problema escolar, o ante un problema diplomático, etc”.

11. DESVENTAJAS DEL RÉGIMEN PRESIDENCIAL

Quizás la principal desventaja del régimen presidencial se encuentra en la separación de poderes. Esta teoría de Locke y Montesquieu (Véase. Ensayo sobre el gobierno civil. 1983 y El espíritu de las leyes, 1970) se hizo para no dejar gobernar al rey y para entregarle el poder al parlamento. Esto significa que hoy en día hay una constante confrontación entre el ejecutivo y el legislativo que dificulta la gobernabilidad y que puede conducir a deslegitimar el gobierno y las instituciones.

En un Estado social de derecho se dificulta aún más el gobierno pues los jueces usurpan las funciones del legislativo y ordenan lo que debe hacer el

ejecutivo y esto puede ser bueno en algunos casos pero también hace difícil la tarea del ejecutivo y confunde al ciudadano que, con frecuencia, no sabe a ciencia cierta a quién acudir si al Congreso, al Presidente o a los jueces para buscar la solución de sus problemas.

Estados, como el italiano de la actualidad y el francés de la tercera república han tenido gran inestabilidad por los constantes cambios de primeros ministros. Evidentemente, la inestabilidad lleva a la ineficacia de los gobernantes que no resuelven los problemas de las gentes del común por estar trezados en disputas para obtener la mayoría y las ventajas del poder.

12. VENTAJAS DEL RÉGIMEN MIXTO FRANCÉS

El régimen francés tiene cierta superioridad sobre otros regímenes porque mezcla las ventajas del régimen presidencial y las del parlamentario a saber, un jefe con gran poder y apoyo popular que es el Presidente y un jefe de gobierno que conduce y dirige la administración pública. Del régimen presidencial tiene la estabilidad de los Presidentes, la certeza de sus decisiones que se pronuncian en los puntos más delicados de las políticas públicas, y del parlamentario la sencillez de su gobierno, el apoyo de las mayorías parlamentarias, la colaboración y entendimiento con el Presidente, con excepción de la cohabitación francesa, la larga permanencia de sus primeros ministros y la solución de los conflictos que los pueden oponer al Presidente convocando al pueblo a elecciones anticipadas o conformando una nueva coalición.

13. DESVENTAJAS DEL RÉGIMEN FRANCÉS

Tal vez la principal desventaja del régimen francés está en lo que ellos llaman la cohabitación que no es otra cosa que un Presidente de un partido, el gaullista y un primer ministro de otro partido, el socialista, con ideologías, programas y concepciones o cosmovisiones de la sociedad y de la manera de resolverlas completamente diferentes. Esto que ya ha sucedido en Francia en épocas recientes ha sido manejado con cuidado y sin mayores contratiempos por los galos, pero en un país como Colombia parece de difícil manejo. ¿Qué tal la cohabitación entre un guerrillero converso a la civilidad como Navarro o Petro y Álvaro Uribe o entre Piedad Córdoba y Marta Lucía Ramírez? Probablemente los enfrentamientos serían continuos y las decisiones podrían tomarse en sentidos tan diversos que llevarían a una falta de gobernabilidad muy grande. Al subdesarrollo, al clientelismo, al narcotráfico, a la guerrilla y a la violencia como método de definir las diferencias uniríamos la intolerancia de un Presidente y un

primer ministro que no se aceptan ni coinciden y los grandes perdedores serían la legitimidad, la gobernabilidad y los colombianos que asistirían a un pugilato ininterrumpido sin soluciones para sus angustiantes problemas.

CONCLUSIONES

Si se quiere modificar el régimen político colombiano se puede hacer por referendo, pues este requiere la aprobación del pueblo que es el constituyente primario, o por Asamblea Nacional Constituyente, en la que el pueblo elige a unos delegatarios para que en su nombre modifiquen el régimen presidencial por el parlamentario o por el semipresidencial. Siendo un tema de tanta importancia como quiera que llevamos cerca de doscientos años de régimen presidencial, no parece conveniente que el Congreso expida un Acto Legislativo que cambie el régimen, no solo por el elevado grado de desprestigio del Congreso sino porque los congresistas no son el constituyente primario sino sus representantes. El referendo de iniciativa popular, me parece la mejor opción. El referendo ha sido desnaturalizado por el mismo Congreso que de ser un acto de trámite para expedir una ley y que el pueblo decida, lo convirtió en una sucesión interminable de debates y de ataques de los enemigos de una iniciativa que tratan de impedir que sea el pueblo el que tome la decisión. Aun así, el referendo requiere parte de una alta participación y permite una discusión en todos los niveles y por todos los ciudadanos. Referendos como los llevados a cabo en Europa para aprobar o no la Constitución europea son un buen ejemplo de lo democrático que es este sistema de tomar decisiones de gran calado. De esta manera se desvirtúa el argumento de los que afirman que los referendos son de fácil aprobación porque los ciudadanos tienden a dar el sí más fácilmente que el no. Francia, Holanda e Irlanda votaron por el no y el proceso tuvo que replantearse.

La Asamblea Nacional Constituyente también puede ser un medio válido para reformar la Carta en este tema fundamental, aunque se corre el riesgo de electores que voten por sus amigos o por su partido sin darle importancia al tema de fondo. Además, los delegatarios actúan en nombre del pueblo pero no son el pueblo. En esa opción la decisión la toman treinta y cinco colombianos en nombre de 46 millones de colombianos.

Del régimen presidencial se dice sin pruebas, por intuición y sentimientos personales, que ha fracasado, pero es el que siempre hemos tenido y al que le debemos lo que tenemos. Dar un salto a otro régimen nunca ensayado en Colombia puede ser un salto al vacío. Además, no está comprobado que las dificultades, errores y falencias del régimen presidencial vayan a desaparecer porque se instaure un régimen parlamentario o semipresidencial.

¿Desaparecerá el clientelismo, la corrupción, el narcotráfico, la guerrilla o la violencia por tener otro régimen político? No parece que esto vaya a suceder.

Si bien es cierto que las buenas instituciones son mejores que las malas, las simples instituciones no cambian la cultura política con sus costumbres inaceptables. Se dice a la ligera que los partidos cambian porque se sustituye un régimen presidencial por otro, pero tampoco parece muy factible. ¿Las microempresas electorales desaparecerán por la existencia de un régimen parlamentario? Es poco probable a no ser que se vuelva al sistema de listas y se deje de lado el tarjetón o se aumente el umbral requerido para que exista un partido o se exija que los partidos sean nacionales y no simplemente un grupo de electores de uno cualquiera de nuestros municipios. Los partidos no se transforman solamente porque se cambie de régimen político. Antes, por el contrario, puede ser que se acentúen los defectos de una multitud de partidos con sus jefes en busca de ventajas, puestos, contratos y licitaciones para ellos o sus amigos. El mal no está en las sábanas sino en el paciente, y el paciente es el sistema político colombiano que está en crisis y no solo uno de sus componentes, el régimen político.

El régimen presidencial tiene desventajas que señalamos, en especial la separación de poderes que, aunque busca evitar los excesos del ejecutivo y sus extralimitaciones, hace muy compleja y difícil su misión y el cumplimiento de sus políticas, programas y proyectos porque los congresistas si mayoritariamente son de la oposición se dedican a impedir que actúe el Presidente y, si son sus partidarios, votan los proyectos de ley si obtienen ventajas para ellos o sus amigos. Se hace todavía más complicado el funcionamiento del ejecutivo cuando los jueces deciden legislar como lo hace la Corte Constitucional o cuando dan órdenes muy bien intencionadas por la vía de la tutela, pero de imposible cumplimiento por carencia de ingresos fiscales suficientes.

A pesar de los que dicen que la moción de censura es la cuota inicial del régimen parlamentario y que se debe continuar en esta vía, es de anotar que ésta no se ha estrenado en Colombia y que donde se ha ensayado, como en Ecuador, ha llevado a la ingobernabilidad.

No hemos analizado los otros poderes que existen en un Estado y que en el fondo son los que toman muchas de las decisiones públicas, tal como sucede con el poder económico y el mediático de los medios de comunicación. Nos hemos concentrado en el análisis jurídico y éste es incompleto pero quizás suficiente para pensar, que a pesar de las desventajas es mejor continuar

con el régimen presidencial. Ensayar otro régimen solo por el prurito de cambiar o porque se supone que con otro régimen se acaban los males de la vida política colombiana es muy iluso.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RESTREPO, ANTONIO. Los golpes de Estado en Colombia, Bogotá, Banco de la República, 1982.

ARISMENDI, IGNACIO. Gobernantes de Colombia, Bogotá, Interprint, 1983.

ARISTÓTELES. Política, Barcelona, Ediciones Altaya.

BAUDOIN, JEAN. Introduction à la science politique, Paris, Dalloz, 2004.

BOBBIO, NORBERTO. La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político, Bogotá, F.C.E., 1997.

BURDEAU, GEORGES. Méthode de la science politique, Paris, Dalloz, 1959.

CHABOT, JEAN-LUC. Introduction à la politique, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2003.

CHANTEBOUT, BERNARD. Droit constitutionnel et science politique, Paris, Armand Colin, 1999.

DENQUIN, JEAN MARIE. Sociologie Politique, Paris, PUF, 1989.

DUVERGER, MAURICE. Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, PUF, 1965.

GALVIS GAITÁN, FERNANDO. Manual de ciencia política, Bogotá, Editorial Temis, 2005.

GICQUEL, JACQUES. Droit Constitutionnel et institutions politiques, Paris, Montchrestien, 2002.

LAGROYE, JACQUES. La politisation, Paris, Belin, 2003; Sociologie politique, Paris, Dalloz, 2002.

LOCKE, JHON. Ensayo sobre el gobierno civil, Barcelona, Ediciones Orbis, 1983.

LÓPEZ GARRIDO, DIEGO; MASSÓ GARROTE, MARCOS; PEGORARO, LUCIO. Nuevo Derecho Constitucional comparado, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

LOSADA VALDERRAMA, RICAURTE. Los errores del 91, Universidad La Gran Colombia, 2009.

MONTESQUIEU. De l'esprit des lois, Paris, Gallimard, 1970.

MOREAU, JACQUES, DUPUIS, GEORGES, GEORGEL, JACQUES. Sociologie Politique, Paris, Éditions Cujas, 1966.

MORLINO, LEONARDO. Los autoritarismos en Manual de ciencia política, Madrid, Alianza Editorial, 1996.

NEIRA, ENRIQUE. El saber del poder, Bogotá, Norma, 1986.

PACTET, PIERRE. Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, Mason, 1978.

PASQUINO, GIANFRANCO. Manual de ciencia política, Madrid, Alianza Editorial, 1996.

PÉREZ ESCOBAR, JACOBO. Derecho constitucional colombiano, Bogotá, Edit. Temis, 2002.

PRÉLOT, MARCEL. Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 1963.

Proyecto de ley Número 102 de 2004 de los Senadores Juan Fernando Cristo, Camilo Sánchez, Juan Manuel López y del representante Joaquín José Vives. Bogotá, Gaceta del Congreso 483 de 2004.

Proyecto de ley Número 104 de 2004 de los senadores Rafael Pardo, Andrés González, Mauricio Pimiento y de los representantes Luis Fernando Velasco y Sandra Ceballos. Bogotá, Gaceta del Congreso 483 de 2004.

ROZO ACUÑA, EDUARDO. Introducción a las instituciones políticas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.

SCHWARTZEMBERG, ROGER GÉRARD. Sociologie Politique, Paris, Éditions Montchrestien, 1971.

VÁSQUEZ CARRIZOSA, ALFREDO. El poder presidencial en Colombia. Bogotá, Enrique Dobry, Editor, 1979.

VEDEL, GEORGES. Traité élémentaire de Droit Constitutionnel, Paris, Sirey.

CONTROL FISCAL SOBRE EL FONDO DE BIENESTAR SOCIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

*José María Del Castillo Abella
Camilo Guzmán Gómez*

Honorable
CORTE CONSTITUCIONAL
Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

REF: EXPEDIENTE D-8402.DECRETO N°267 DE 2000, ARTÍCULO 81. QUE CONFIERE EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL DEL FONDO DE BIENESTAR SOCIAL DE LA CONTRALORÍA A LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

El suscrito y el Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, en cumplimiento de lo dispuesto por ese despacho en el oficio N° 0347 del 21 de febrero de 2011, nos permitimos emitir opinión en el asunto de la referencia. Para cumplir el cometido se desarrollará la siguiente agenda: 1. Demanda y sus razones, 2. Problema jurídico, 3. Análisis constitucional de los argumentos de la demanda, 4. Conclusión.

1. LA DEMANDA Y SUS RAZONES

El ciudadano Iván Darío Gómez Lee demanda la inconstitucionalidad del artículo 81 del Decreto N° 267 De 2000, por medio del cual se le confiere a la Contraloría General de la República el Control Fiscal del Fondo de Bienestar Social, contradiciendo los principios básicos de un control técnico e independiente, violando los artículos 113, 115, 267 a 274 de la Constitución, pues según lo establece la Carta Política la vigilancia de la gestión Fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para periodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia.

2. PROBLEMA JURÍDICO

La norma demandada tiene una relevancia importante en el ordenamiento jurídico, sobre todo porque ella otorga el Control Fiscal del Fondo de

Bienestar Social, la cual es una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuesto propio, a la Contraloría General de la República; es decir a la misma. Luego con base en la interpretación de la sentencia C-499 de 1998 al ser el Fondo de Bienestar Social un establecimiento público adscrito a la Contraloría, y estando bajo una evidente subordinación o dependencia de dicho órgano, ¿estaría la Contraloría ejerciendo un Control Fiscal de su propia gestión?

3. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El actor de la demanda de constitucionalidad del artículo 81 del Decreto N°267 De 2000, por medio del cual se le confiere a la Contraloría General de la República el Control Fiscal del Fondo de Bienestar Social, se fundamenta en que la Auditoría General de la República es un organismo de vigilancia de la gestión fiscal, dotado de autonomía jurídica, administrativa, contractual y presupuestal, el cual está a cargo del Auditor de que trata el artículo 274 de la Constitución Política¹, órgano al que le ha sido encargada la misión de la función de vigilancia de la gestión fiscal, mediante los sistemas de control financiero, de gestión y de resultados, en desarrollo de los principios de eficiencia, economía y equidad de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales².

De acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte, se ha destacado no una, sino varias veces la función objeto del caso sub examine, que corresponde a la Auditoría General de la República:

En su Sentencia C-1176 de 2004 consideró la Alta Corte que:

“Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución. También le corresponde a la Auditoría, la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías departamentales; y, de manera excepcional, ejerce vigilancia sobre las cuentas de las contralorías

¹ Decreto-ley 272 de 2000, Artículo 1, numeral 12 declarado EXEQUIBLE, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1339-00del 4 de octubre de 2000.

² Op. cit. Artículo 2.

municipales y distritales, sin perjuicio del control que le corresponda a las contralorías departamentales, en los términos que establezca el legislador. Atribución que le corresponde ejercer a la Auditoría, respecto de la Contraloría General y las territoriales, de conformidad con los mismos principios y sistemas de control fiscal establecidos en la Constitución y la ley para todas las entidades y organismos del Estado”.

Igualmente consideró la Corte en su Sentencia C-402 de 2001 que:

“El artículo 274 de la Constitución también le atribuye autonomía e independencia a la Auditoría General de la República, cuando le asigna la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República. La auditoría a que se refiere el artículo 274 de la constitución política, debe contar con todas aquellas garantías de autonomía que el estatuto superior depara a los órganos que llevan a cabo la vigilancia de la gestión fiscal en Colombia para la realización de sus fines. Por estos motivos, las normas legales que desarrollen el artículo 274 de la Carta y establezcan el diseño, funciones y competencias de la Auditoría de la Contraloría General de la República deben permitir que ésta sea autónoma para desarrollar sus competencias. Es decir, la mencionada auditoría debe contar con autonomía administrativa, presupuestal y jurídica frente a la Contraloría General de la República”.

Adicionalmente, consideró la Honorable corte en su Sentencia C-499 de 1998 que:

“Es de la esencia del órgano de control de la gestión fiscal de las contralorías, su carácter técnico; estar dotado de autonomía administrativa, presupuestal y jurídica, y poseer una estructura y organización administrativa propias, que lo habiliten para ejercer sus competencias, con la misma intensidad y de acuerdo con los principios que regulan el control fiscal que aquellas ejerce”.

Por lo tanto, resulta claro que la demanda de constitucionalidad es acertada; se caería en el absurdo de que una entidad se controle a sí misma fiscalmente, además de que se vulnera evidentemente la Constitución y la jurisprudencia del tema en estudio al desconocer de manera clara las competencias de la Auditoría General de la República. A nuestro parecer, el actor demuestra claramente que el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General tiene un patrimonio principalmente constituido por aportes del presupuesto de la Contraloría (2% del presupuesto anual de la Contraloría) y por lo tanto se puede considerar que maneja y ejecuta recursos públicos provenientes de ésta, lo que justifica la competencia de la Auditoría General de la República.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, se concluye que deben ser estimadas las pretensiones del accionante, y como consecuencia, se declare la inexecutable del Artículo 81 del Decreto 267 de 2000.

Respetuosamente,

José María del Castillo Abella
Decano de la Escuela de Derecho

Camilo Guzmán Gómez
Director del Departamento de Derecho Público
Director del Centro de Investigación CREAM

UNA APROXIMACIÓN AL DISCURSO CONSTITUCIONAL SOBRE PRUEBA ILÍCITA

REVISIÓN DE LAS PRINCIPALES DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Luis Javier Moreno Ortiz

RESUMEN

El presente documento pretende dar cuenta de cinco providencias destacadas, proferidas por la Corte Constitucional durante la última década, en las cuales se fija la jurisprudencia constitucional en torno a la prueba ilícita, de la regla de la exclusión de la prueba y de las posibles excepciones a dicha regla. Todas las providencias se ocupan de analizar el manejo de la prueba en el proceso penal, desde la perspectiva teórica que brinda el control de constitucionalidad abstracto, que es propio de las sentencias tipo C, desde la perspectiva práctica que ofrece el control de constitucionalidad concreto, que es propio de las sentencias tipo T, y desde la perspectiva integral que corresponde a las sentencias tipo SU y a los autos por medio de los cuales se decide el incidente de nulidad de sentencias.

SUMARIO: *Introducción. § 1. El caso del miti miti o de la contaminación de la prueba. § 2. El caso del sistema penal acusatorio y su implementación o de la regla de la exclusión. § 3. El caso de los registros y allanamientos en procesos penales o de la posibilidad de establecer excepciones a la regla de la exclusión. § 4. El caso de los aportes despreciables a una campaña política o de la no afectación automática del proceso por la presencia de una prueba ilícita. § 5. El caso de la validez de la sentencia anterior o de la jurisprudencia constitucional consolidada sobre prueba ilícita. Conclusiones. Referencias jurisprudenciales.*

INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia constitucional en Colombia es una fuente inagotable de recursos para emprender los más variados estudios. Las extensas y prolifas providencias de la Corte Constitucional son un referente ineludible, y a menudo fructífero, para revisar casi cualquier cuestión jurídica. Esto se debe a la constitucionalización del derecho y a las amplias oportunidades que tienen los ciudadanos, sea por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad, sea por la vía de la acción de tutela, de acceder al alto tribunal, para someter a su consideración sus principales inquietudes vitales.

Este documento es el resultado de un proceso de selección jurisprudencial, que pretende entresacar cinco de las principales providencias proferidas por la Corte Constitucional durante los últimos diez años en torno al tema de la validez de la prueba. El resultado de esta selección revela un interesante equilibrio, pues entre las cinco providencias dos corresponden a procesos de control de constitucionalidad abstracta, valga decir, son sentencias tipo C; una corresponde a procesos de control de constitucionalidad concreto, es decir, es una sentencia tipo T; las dos restantes corresponden a procesos de control de constitucionalidad especial, como es el caso de la sentencia tipo SU y del auto que resuelve un incidente de nulidad de sentencias.

El método elegido para este documento es analítico. El análisis central se dedica a las cinco providencias seleccionadas, a cada una de las cuales corresponde una sección. El análisis coyuntural u ocasional se aplica a las demás providencias que aparecen o surgen con ocasión del análisis central, y que aparecen relacionadas en la argumentación de la Corte Constitucional. Por remisión expresa de la Corte Constitucional se incluye también un grupo de tres providencias dictadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos. Cada providencia se analiza conforme a una estructura triple: problema planteado – análisis jurídico – solución.

Por tratarse de un estudio jurisprudencial, referido a un tribunal determinado: la Corte Constitucional, la mayor fuente empleada en este documento son las providencias de ese tribunal, las cuales pueden consultarse en su página web: www.corteconstitucional.gov.co

§ 1.

Una de las más destacadas decisiones de la Corte Constitucional sobre la contaminación de la prueba, está contenida en la Sentencia SU-159 de 2002. En esta providencia la Corte revisa dos decisiones de tutela relacionadas con un proceso penal iniciado contra un servidor público, cuya noticia criminal se obtiene a partir de una información periodística en la cual se transcribe una conversación telefónica interceptada por personas desconocidas, sin que existiera orden judicial previa.

De los cargos esgrimidos en la acción de tutela, reviste especial interés el tercero, que se califica como defecto fáctico y que, en palabras de la Corte, plantea el siguiente problema jurídico:

¿Violan el derecho al debido proceso una resolución de acusación y una sentencia penal dictadas dentro de un proceso que se inició a partir de

una noticia que divulgó una grabación ilícitamente obtenida por personas desconocidas?

La Corte resolverá el problema de manera negativa y, en consecuencia, confirmará la decisión del juez constitucional de segunda instancia, que había negado la acción de tutela. Para llegar a esta conclusión emprende un enjundioso y prolijo estudio, en el cual alude a su jurisprudencia sobre defecto fáctico, a la regla de exclusión y a la aplicación de esta regla respecto de las pruebas consideradas ilícitas.

En cuanto al defecto fáctico, que es una de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte reitera lo dicho en las Sentencias T-231 de 1994 y T-567 de 1998, para precisar que éste se presenta cuando “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado”.

El defecto fáctico implica una importante limitación al amplio margen que tiene el juez para valorar el material probatorio, a fin de formar libremente su convicción y fundar su decisión, según las reglas de la sana crítica, como se dice en la Sentencia T-442 de 1994. La Corte recuerda que ese margen no es absoluto y que esa valoración no puede ser arbitraria, pues implica emplear unos criterios: i) *objetivos* y no meras suposiciones o prejuicios (Sentencia SU-1300 de 2001); ii) *racionales* y no caprichosos, que ponderen cada prueba en su magnitud (Sentencia T-442 de 1994); y iii) *rigurosos* y no ligeros o livianos, que sean idóneos para materializar la función de administrar justicia (Sentencia T-538 de 1994).

El defecto fáctico puede ocurrir por omisión o por acción.

Lo primero se presenta cuando el juez ignora la prueba u omite valorarla, lo que lo lleva a incurrir en un error de hecho, al dar por probado un hecho sin estarlo. Como se pone de presente en la Sentencia T-239 de 1996, el error de hecho conduce a una vía de hecho, es decir, a una “ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

Lo segundo acontece cuando se valoran pruebas que no se han debido admitir o valorar, porque no se han obtenido con arreglo a la ley. Este supuesto es

el que corresponde a las pruebas ilícitas. En este punto la jurisprudencia constitucional es generosa, pues de la circunstancia de que en un proceso se detecte la existencia de una prueba ilícita, se siguen efectos limitados. En la Sentencia T-008 de 1998, se sostiene que “el hecho de que un juez tenga en cuenta dentro de un proceso una prueba absolutamente viciada, no implica, necesariamente, que la decisión que se profiera deba ser calificada como vía de hecho”. Para llegar a esta calificación, es menester que la prueba ilícita sea la única que demuestre los hechos, de manera tal que sin ella habría de variar el juicio del fallador. En este presupuesto teórico se funda, a modo de *ratio decidendi*, la decisión en el caso en estudio.

Para que una acción de tutela que se concreta en el cargo de defecto fáctico pueda prosperar, a juicio de la Corte, en la Sentencia SU-159 de 2002, es menester que se vislumbre, de manera manifiesta, que la valoración probatoria del juez es arbitraria. Para que la valoración sea arbitraria se requiere, a su vez, que ésta obedezca a un error ostensible, flagrante, manifiesto y trascendente en la decisión.

En cuanto a la regla de exclusión, la Corte precisa en el plano teórico la regla constitucional sobre exclusión de pruebas obtenidas con violación del debido proceso, como paso previo al análisis de la situación concreta. La regla tiene como punto de partida el artículo 29 de la Constitución Política, que en su inciso final establece la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La exclusión puede obedecer a que la prueba es inconstitucional, cuando se obtiene violando derechos fundamentales, o a que la prueba es ilícita, cuando se logra violando las garantías legales contenidas en el respectivo código de procedimiento, que en el caso penal están establecidas a favor del investigado, acusado o juzgado. La práctica de la prueba debe hacerse sin vulnerar derechos fundamentales y conforme a una serie de condiciones regladas en la ley. La nulidad se predica de la prueba en particular, pero no del proceso en general, como lo precisa la Corte en las Sentencias C-491 de 1995 y C-372 de 1997. La nulidad de la prueba puede afectar al proceso en la medida en que en éste no existan otras pruebas válidas y determinantes, con arreglo a las cuales sea posible dictar sentencia.

La posición mayoritaria en la Corte, en este caso, se aparta de manera expresa de la doctrina de la manzana podrida o contaminada en el cesto de frutas, según la cual el vicio de una prueba, por ser inconstitucional o ilícita, se extiende al resto de las pruebas, sin que sea relevante la relación

de estas últimas con la prueba cuestionada. A su juicio, el vicio de la prueba no se extiende de manera automática y necesaria al acervo probatorio y, por ende, al proceso.

En cuanto a la aplicación de la regla de exclusión, es menester advertir que ella opera de pleno derecho y cobija a cualquier tipo de prueba, siendo, como es, una regla general. Empero ello no implica que la regla se aplique de manera mecánica, sin ninguna consideración o razonamiento. Conforme al discurso de la Corte, para aplicar la regla de exclusión se debe tener en cuenta estas consideraciones: i) que no se trate de una irregularidad menor o inofensiva que no afecta el debido proceso; ii) que se examine el asunto a la luz del concepto sustancial del debido proceso, que va más allá de las reglas procesales o de las formalidades, para incluir la protección de los derechos fundamentales; y iii) que se tenga en cuenta la necesidad de un adecuado funcionamiento de la justicia, valga decir, que se evite la impunidad y los fallos arbitrarios. Si se reúnen los presupuestos establecidos el juez debe excluir del proceso, de manera expresa, la prueba viciada.

Pese a que la Constitución Política habla de nulidad de pleno derecho, la Corte matiza esta consecuencia, a partir de los antecedentes de la norma y de su finalidad, para sostener que “se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia”.

La Corte, al constatar que la prueba ilícita, o para hablar con corrección: inconstitucional, fue excluida del proceso penal adelantado por la Fiscalía y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y que ninguna de las pruebas determinantes de sus decisiones se deriva de ésta o guarda con ella una relación de conexidad, concluye que no se presentan en el caso examinado irregularidades suficientes para convertir las decisiones controvertidas en la acción de tutela en vías de hecho.

La disidencia en la Corte, en su salvamento de voto, acoge sin reservas la doctrina que considera a la prueba ilícita como inadmisibles, pues no excluir este tipo de prueba del proceso es estimular y autorizar su consecución. De la mano de la *fruit of the poisonous tree doctrine*, considera, también, que las pruebas obtenidas de manera lícita en el proceso, al tener su origen, como el proceso mismo, en una prueba ilícita, están viciadas y, por tanto, no pueden ser ni admitidas ni usadas por la justicia.

§ 2.

La transición del sistema híbrido de investigación y juzgamiento criminal, que tenía una clara estirpe inquisitiva, y en algunos casos inquisitorial, a un sistema acusatorio, que se verifica con una reforma constitucional: el Acto Legislativo 03 de 2002, y con un nuevo sistema legal, brinda una valiosa oportunidad a la Corte para ocuparse del tema de la prueba ilícita.

Una acción pública de inconstitucionalidad, ejercida por una ciudadana en contra de la Ley 906 de 2004, mejor conocida como Código de Procedimiento Penal, le permite a la Corte proferir la Sentencia C-591 de 2005. En esta providencia, entre otros muchos asuntos, la Corte se ocupa de las pruebas anticipadas y de las pruebas ilícitas.

Respecto de las pruebas anticipadas la actora aduce que éstas vulneran el principio de inmediación de la prueba, que caracteriza el sistema penal acusatorio. La Corte considera que, en circunstancias excepcionales, esa vulneración no ocurre. Ello se debe, entre otras razones, al principio de la conservación de la prueba y a que las pruebas anticipadas pueden ser sometidas a contradicción por los interesados en el proceso, e incluso, de considerarse necesario y posible, el juez puede ordenar la repetición de dicha prueba en el juicio oral.

Respecto de las pruebas ilícitas, la Corte plantea el siguiente problema jurídico:

Le corresponde a la Corte determinar si las disposiciones acusadas ordenan darle valor probatorio a pruebas obtenidas con violación al debido proceso en flagrante contradicción con el artículo 29 constitucional.

Para resolver este problema la Corte integra la unidad normativa, examina los antecedentes legislativos de la norma demandada, analiza la regla de exclusión en el sistema penal acusatorio y determina si la cláusula de exclusión en casos de prueba ilícita o en casos de registros y allanamientos se ajusta o no a la Carta Política.

En cuanto a la unidad normativa, la Corte recuerda lo dicho en la Sentencia C-329 de 2003, para precisar que en este caso las normas acusadas están íntimamente ligadas con otros contenidos jurídicos que, por esta circunstancia, también deben ser estudiados en el caso. Por ello, a los artículos demandados, que son el 232 y el 455, se agregan los artículos 23 y 457 del mismo Código.

En cuanto al examen de los antecedentes legislativos, la Corte recuerda lo contenido en el proyecto presentado por la Fiscalía y lo discutido por las Cámaras en sus correspondientes informes de ponencia.

En cuanto al análisis de la regla de exclusión, la Corte destaca la aparición de la figura del juez de control de garantías y el reemplazo del principio de permanencia de la prueba por los principios de concentración e inmediación de la prueba, que se practica en un juicio oral y público. Se reitera en lo relevante lo dicho en la Sentencia SU-159 de 2002, y se agrega que una inteligencia armónica entre el artículo 29 de la Carta Política y las normas del procedimiento penal, conduce a que “la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física”.

En cuanto a determinar si la cláusula de exclusión se ajusta o no a la Carta Política, la Corte trae a cuento el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, que establece la cláusula general de exclusión, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 23. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

La actora cuestiona la expresión “directa y exclusivamente”, contenida en el artículo 232 del Código. La Corte considera que esta norma no puede mirarse de manera aislada, sino que debe situarse en un contexto, en el cual es relevante el mencionado artículo 23, pues si la orden de registro o allanamiento está viciada por carecer de los requisitos esenciales previstos por la ley, tanto la diligencia como los elementos materiales probatorios y la evidencia física que dependen de manera directa y exclusiva del registro carecerán de valor, deberán ser excluidos de la actuación y sólo podrán usarse para fines de impugnación.

La anterior interpretación del artículo 232, conduce a la Corte a considerar que la expresión demandada es inconstitucional, por dos razones. La primera es que la orden de registro y allanamiento sólo puede expedirse para obtener elementos probatorios y evidencia física o realizar la captura del procesado, cuando existan motivos razonablemente fundados, pues no se trata de un procedimiento indiscriminado o caprichoso. La segunda es

que si la orden de registro y allanamiento está viciada por carecer de los elementos que la ley exige, tanto la diligencia como todos los elementos probatorios y evidencia física que se encuentren y que sean obtenidos en ella quedan contaminados, carecen de validez y deben ser excluidos de la actuación.

La anterior exclusión es absoluta respecto del proceso en el cual se dicta la orden, pero relativa respecto a otros eventuales procesos, pues la Corte advierte que si en la diligencia inválida se encuentran otros elementos, no vinculados con el proceso, pero que ameriten una investigación penal, el funcionario tiene el deber de ponerlos a disposición de la autoridad competente, para que se tengan como evidencia material, pero no como prueba material.

Ante el problema de una prueba derivada de otra, que es ilícita, la Corte señala que el artículo 455 del Código establece los criterios para hacer el análisis correspondiente. Entre ellos se encuentran el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley. Estos criterios, prosigue la Corte, deben ser examinados a la luz de la sana crítica y de las reglas de la experiencia, para establecer si existe o no entre las pruebas un nexo causal.

Si el vínculo es atenuado, valga decir, tenue, la Corte, siguiendo lo dicho por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Nardote vs. United States*, 308, U.S. 338 (1939), considera que la prueba derivada es admisible en razón del principio de la buena fe.

Si la fuente es independiente, es decir, si la evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilícita, la Corte acoge lo dicho por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Silverthorne*, 251, U.S. 385 (1920), para sostener que en este evento no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso.

Si el descubrimiento es inevitable, verbigracia, si la prueba derivada hubiese sido de todas formas obtenida por un medio lícito, la Corte acepta lo dicho por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Nix vs. Williams*, 467, U.S. 431 (1984), para considerarla admisible.

En el caso de pruebas obtenidas con violación de los derechos humanos, valga decir, si se ubica en el supuesto de la prueba inconstitucional, la Corte considera que esta circunstancia, con independencia de si la prueba es trascendental o necesaria, el sólo hecho de que haya sido obtenida con tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, o con la comisión

de cualquier otro crimen de lesa humanidad, transmite al proceso un vicio insubsanable que genera su nulidad.

§ 3.

El cambio al sistema penal acusatorio es muy traumático. Uno de los campos en los cuales es más visible el traumatismo es el del derecho constitucional, pues los ciudadanos acometen una y otra vez, valiéndose de la acción pública de inconstitucionalidad, con sus demandas, en contra de diversas normas de la nueva legislación criminal. Uno de los temas recurrentes, del cual se da cuenta en la sección anterior, es el de los elementos materiales y de las evidencias que se obtienen en los registros y allanamientos. De esta materia, entre otras, se ocupa la Corte en la Sentencia C-210 de 2007, como pasa a verse.

Uno de los principales hitos dentro del proceso penal es la audiencia en la cual el fiscal formula la imputación. Al estar obligado el fiscal a fundarse en medios de prueba a partir de los cuales se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, la licitud de los materiales probatorios se convierte en un asunto crucial para la suerte del proceso penal. Sobre el particular, en la sentencia en comento, la Corte plantea el siguiente problema jurídico:

Con base en lo anterior, corresponde a la Corte resolver si es constitucionalmente válido admitir la eficacia, sólo para fines de impugnación, de elementos materiales probatorios y evidencia física recaudada en diligencias de registros y allanamientos declarados inválidos por el juez de control de garantías.

Para resolver el problema planteado, la Corte comienza por aclarar que en la Sentencia C-591 de 2005, estudiada en la sección anterior, se limitó a analizar una expresión diferente a la que ahora se demanda como inconstitucional. En este caso se trata de examinar la posibilidad que brinda la Ley 906 de 2004, en su artículo 232, de utilizar sólo para fines de impugnación, aquellos materiales probatorios y evidencia física que dependan de un registro o allanamiento que se encuentren viciados y que, al aplicar la cláusula de exclusión, deben ser retirados del proceso para cualquier otro propósito.

El referido artículo, junto a los artículos 23, 360 y 455 de la ley, constituyen a juicio de la Corte “el conjunto de reglas jurídicas que soportan legalmente el deber jurídico de exclusión de la prueba ilícita”. La regla de exclusión implica que los medios de prueba obtenidos de manera ilícita deben ser expulsados de la actuación procesal, de ahí que la Corte afirme sin ambages:

En tal virtud, aparece claro que una vez evaluada por el juez la ilicitud o ilegalidad de la prueba, la Constitución señaló un efecto jurídico claro para aquella que ha sido obtenida con violación del debido proceso: su invalidez y, en consecuencia, su inmediata exclusión de la investigación o del proceso penal, pues se trata de suprimir las actuaciones que nunca nacieron a la vida jurídica y restablecer las cosas al estado anterior a la violación de la Constitución. Así, la prueba ilícita no produce ningún efecto jurídico y menos puede demostrar hechos relevantes en el proceso debido penal.

En ese contexto, el establecer una excepción a la regla de la exclusión, así sea sólo para fines de impugnación, es un asunto muy delicado, porque equivale a abrir caja que bien puede ser la de Pandora. En el sistema penal acusatorio, el ordenar el registro y allanamiento, corresponde a una potestad reglada, excepcional y restringida, pues esta medida puede afectar varios derechos fundamentales de las personas involucradas, al punto de que es necesario crear un garante especial de esos derechos, como es el juez de control de garantías. Este juez, además de penal o criminal, es un juez constitucional, en la medida en que:

el control de legalidad y constitucionalidad respecto del recaudo de los elementos materiales probatorios y de evidencia física, no sólo tiene como objetivo impulsar la investigación penal sino excluir aquellos que vulneren las reglas previstas en el ordenamiento jurídico; de ahí que la exclusión de la prueba, evidencia o elemento probatorio ilícito recaudado en la diligencia de registro y allanamiento inválida puede ejercerse desde el mismo momento en que se recolecta o con posterioridad a ello. De hecho, en anterior oportunidad, la Corte dijo que “la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física”¹. Así las cosas, es fácil concluir que si el objetivo del control judicial posterior de las diligencias de allanamiento y registro es la exclusión de los materiales probatorios y evidencia física recaudada en forma irregular, para evitar que se tenga en cuenta en la investigación o en el proceso penal, resultaría un contrasentido desconocer la decisión judicial y autorizar la producción de efectos jurídicos de la prueba ilícita, por lo que es contrario al Acto Legislativo número 2 de 2003 que se mantengan las evidencias o elementos probatorios ilícitos para algunos efectos. Dicho en otros términos, de nada serviría el control de garantías si no puede sustraerse de la investigación o del proceso penal una evidencia o una prueba que tiene un origen ilegal o inconstitucional, con mayor razón si su utilización está autorizada en una etapa procesal definitiva: la segunda instancia.

¹ Sentencia C-591 de 2005.

La Corte Constitucional se resiste a abrir la puerta a la prueba ilícita y a aceptar excepciones a la regla de exclusión, así sea para un caso excepcionalísimo. Encuentra, con razón, que es un contrasentido sostener que una prueba se excluye por ser ilícita, pero que al mismo tiempo se puede emplear en una actuación concreta, pues ello equivaldría a reconocer que esa prueba puede generar consecuencias válidas para la investigación o el proceso penal. Por ello, declara la inconstitucionalidad de la norma que establece la excepción a la regla de la exclusión y dispone, en consecuencia, que los medios de prueba obtenidos de manera ilícita no pueden ser empleados, en ningún caso, en el proceso penal. La Corte advierte que actuar de otra manera puede contaminar tanto el proceso penal como el proceso volitivo del juez.

A pesar de lo anterior, la Corte mantiene el matiz advertido en la sección anterior, en el sentido de que si bien no es posible valorar evidencias o materiales probatorios obtenidos en registros o allanamientos ilegales, esto no excluye la posibilidad de hacer saber a la autoridad competente la existencia de dichos elementos, encontrados casualmente en desarrollo de dichos procedimientos.

§ 4.

Sí, el caso del miti miti, estudiado en la primera sección de este escrito, pone a descubierto el malhadado y descortés hábito de escuchar las conversaciones ajenas, con el agravante pérfido de grabar dichas conversaciones en archivos de audio, sin que medie una orden judicial. El caso del cual se ocupa la Corte, en la Sentencia T-233 de 2007, revela un avance significativo en nuestras malas costumbres, pues involucra un video obtenido en circunstancias mucho peores que las que rodean la grabación de audio aludida, pues ni siquiera se respeta la espontaneidad de los protagonistas del drama, que no echa de menos ningún ingrediente trágico.

En esta sentencia la Corte revisa una decisión proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en una acción de tutela promovida por un ciudadano en contra de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación y de una sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El caso que da lugar a la tutela, podría resumirse así: un servidor público de elección popular, acude movido por presiones a una cita con un grupo armado al margen de la ley, poco antes de las elecciones en las que resultará ganador; en la reunión se le informa que el grupo quiere aportar a su campaña y se le hace entrega de dinero; mientras esto ocurre uno de los

miembros del grupo registra en video la entrega; terminada la reunión el servidor afirma que el dinero no le fue entregado y que todo fue una trampa. El problema jurídico planteado por la Corte se centra en la cuestión del defecto fáctico, es decir, sobre el papel que tiene en la investigación y en la decisión penal el referido video, que se considera por tirios y troyanos como una prueba ilícita.

Para poder responder el problema planteado, la Corte debe revisar la actuación surtida en la Fiscalía General de la Nación y en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Para no alargar en demasía este documento, enseguida se da cuenta del discurrir de la Sala Penal en la providencia impugnada en la tutela.

La Sala Penal de la Corte Suprema no es ajena al desafío que plantea la prueba de video. De hecho este es el primer punto al cual dedica su análisis. Sostiene la Sala que la prueba aportada con violación del debido proceso o de los derechos fundamentales no tiene eficacia jurídica. Agrega que su jurisprudencia reiterada ha sido la de que una grabación sin orden judicial previa es ilegítima cuando quien la hace es un tercero, valga decir, una persona que graba sin que las personas que intervienen en el video hayan dado su consentimiento.

En este caso la Sala refiere que la grabación en video fue aportada por la persona que hizo la denuncia, con conocimiento del procesado, “sin que hubiera formulado reparo judicial luego de ser enterado sobre las consecuencias de ponerla en conocimiento de la opinión pública”. Para respaldar lo anterior, agrega la Sala que en la diligencia de indagatoria, al preguntar el fiscal al procesado “si en la reproducción del video identificaba la reunión a la que se venía refiriendo”, éste contestó: “esa es la reunión señor fiscal”. Esta carencia de inconformidad, lleva a la Sala a considerar que la grabación debe tenerse como auténtica y lícita.

Además de lo dicho, la Sala pone de presente que los hechos de los que da cuenta el video aparecen demostrados, también, por múltiples testimonios practicados en el proceso, y son aceptados por el propio procesado.

Según el afortunado resumen que hace la Corte Constitucional,

La Sala recapitula diciendo que está probada la reunión, la entrega del dinero y el conocimiento inmediato de la existencia del video por parte del acusado, y que una celada en las condiciones anotadas por el ex gobernador

no resulta creíble, dado el conocimiento que de la zona y las condiciones de seguridad de la región debía tener X, a lo que se suma la falta de denuncia del hecho. Si el doctor X hubiera asistido desprevénidamente a la reunión –agrega la Corte-, ante la cuantiosa suma entregada por lo menos habría preguntado el nombre y “ubicación de sus generosos oferentes, para agradecerles la ayuda económica a su proyecto político”, pues en materia electoral las cosas son diferentes a como se ven en el comercio, pero no por ello dejan de existir reglas para la recepción de donaciones, todavía más en una región con tantos problemas de orden público.

“Para la Sala es evidente –dice- que el doctor X acudió a la cita conociendo la identidad de sus gestores y de su vinculación con grupos armados ilegales, por lo que al aceptar y recibir el aporte económico incurrió en la conducta punible de enriquecimiento ilícito de particulares, como actuó con conocimiento y voluntad de ese hecho su comportamiento es doloso”.

En cuanto a la valoración de la prueba, que también se censura en la tutela, la Corte considera, luego de consultar las Sentencias T-231 de 1994, T-329 de 1996, SU-477 de 1997 y T-267 de 2000, que el cargo de defecto fáctico, por esta causa, sólo puede conducir a revocar la decisión atacada cuando dicha valoración es arbitraria y abusiva, “esto es, cuando el funcionario judicial i) simplemente deja de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; ii) cuando excluye sin razones justificadas una prueba de la misma relevancia, o cuando iii) la valoración del elemento probatorio decididamente se sale de los cauces racionales”.

Al aplicar los anteriores criterios a la conducta de la Fiscalía General de la Nación y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, encuentra la Corte que la valoración probatoria no es ni arbitraria ni abusiva y que, si bien puede discreparse de ella, esta discrepancia no puede menoscabar el principio de autonomía judicial.

Uno de los puntos de discrepancia que, merced a la existencia de otros medios de prueba que demuestran los hechos relevantes del proceso, no tiene mayor trascendencia, es la calificación que le merece a la Corte el mencionado video.

El discurso de la Corte sobre la ilicitud del video, comienza por recordar la legislación vigente en la época del juicio penal y su propia jurisprudencia. En cuanto a lo primero, precisa la Corte que el proceso se tramitó con arreglo al anterior Código de Procedimiento Penal, contenido en la Ley 600 de 2000, y no con sujeción al nuevo Código de Procedimiento Penal, contenido en la Ley 906 de 2004. En cuanto a lo segundo, la Corte trae a cuento lo dicho en las Sentencias T-442 de 1994, C-372 de 1997, SU-159

de 2002 y T-212 de 2006, para sostener que: i) la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso no implica necesariamente la nulidad del proceso que la contiene, y ii) sólo existe defecto fáctico susceptible de ser revocado por vía de tutela, cuando la prueba que no puede valorarse, por ser ilegal, es fundamental para el raciocinio de la decisión judicial.

Con las anteriores precauciones, el establecer si el video es o no una prueba ilícita para a ser un asunto menor. El elemento central en el análisis de la Corte es que la grabación del video fue subrepticia, es decir, que se hizo a escondidas, por lo cual fue obtenida sin consentimiento previo del procesado, que ni siquiera sabía que estaba siendo grabado, y sólo se entera de esa circunstancia posteriormente. Este detalle es importante para estudiar la posible vulneración del derecho a la intimidad, dentro de cuyo contenido se encuentra, según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, el derecho a la proyección de la propia imagen y la reserva de espacios privados, incluso en lugares diferentes del domicilio del individuo, en los cuales éste desarrolla actividades que sólo conciernen a sus intereses. De ahí que la Corte se vea obligada a concluir que:

En esa medida, las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto.

Al haberse obtenido la grabación de video a partir de la violación del derecho a la intimidad del procesado, a la Corte no le queda duda alguna de que se trata de una prueba ilícita, o en rigor, inconstitucional, que debe ser excluida del proceso, aunque, como se ha dicho, esta exclusión no tiene incidencia suficiente para modificar el resultado de dicho proceso.

§ 5.

Una de las facetas más interesantes del control constitucional en Colombia, es la posibilidad de promover incidentes de nulidad de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional. En lo que importa para este documento, es posible promover este incidente respecto de sentencias en las cuales la Corte ejerce el control de constitucionalidad concreto, valga decir, el control que

se ejerce al seleccionar y revisar las decisiones emitidas por jueces que ejercen jurisdicción constitucional en procesos generados por el ejercicio de la acción de tutela.

Si bien son muy pocos los casos en los cuales el incidente logra su cometido, se trata de una actuación en extremo importante y destacada, pues por medio de ella el ciudadano tiene a su alcance la oportunidad de cuestionar las decisiones de la Corte Constitucional.

Pese a su importancia, el incidente se decide por auto. En este tipo de auto suele condensarse la jurisprudencia de la Corte, por lo que su estudio es de mucho provecho. Por medio del Auto 227 de 2007, la Sala Plena de la Corte Constitucional se ocupa de estudiar y de resolver un incidente de nulidad, promovido en contra de la Sentencia T-233 de 2007, proferida por la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional. En esta sentencia de tutela, la Corte había considerado que la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal, en la cual condenó a una persona por el delito de enriquecimiento ilícito a favor de particulares, no adolece de defecto fáctico, no incurre en vía de hecho y, por tanto, no vulnera ningún derecho fundamental.

El promotor del incidente aduce que la sentencia de tutela debe ser declarada nula, por cuanto en ella la Sala de Revisión de la Corte modificó la jurisprudencia de la Corporación sobre la exclusión de la prueba ilícita, sin justificar de manera adecuada y suficiente el cambio y, además, el fallo se produjo sin la intervención en el debate de uno de los Magistrados que integran la Sala.

La sentencia de tutela cuya validez se impugna en el incidente, se ocupaba de un caso complejo, que aparece descrito con detalle en la sección anterior. Para precisar el alcance de la sentencia impugnada, la Corte hace la siguiente síntesis:

La Sentencia cuya nulidad se solicita consideró entonces que las acusaciones fundamentales de la tutela consistían en que las providencias acusadas: i) incurren en un defecto procedimental, al haber admitido una prueba ilícita; ii) incurren en un defecto fáctico, porque se apoyan en material probatorio ilegal o porque valoran parcialmente el material probatorio, iii) incurren en violación directa de la Constitución, al admitir una prueba violatoria de un derecho fundamental; eventualmente, iv) porque incurren en error inducido, de llegar a comprobarse que la justicia fue engañada por el sujeto que aportó el video al proceso, y finalmente, v) por falta de motivación, pues la decisión se apoya en consideraciones retóricas y no en un análisis de los hechos de la demanda.

La Sala de Revisión de la Corte, luego de un escrupuloso y prolijo recuento de la jurisprudencia de la Corporación, en el cual trae a cuento, entre otras, las Sentencias C-372 de 1997, SU-159 de 2002, T-008 de 1998, T-233 de 2007, toma la decisión que se detalla en la sección anterior.

La Sala Plena de la Corte, antes de estudiar de fondo el incidente, repasa las causales de procedencia de la solicitud de nulidad de sentencias proferidas por ella. Para tal propósito trae a cuento el Auto 223 de 2006, y destaca que: i) se trata de un incidente especial y excepcional, que sólo procede cuando se demuestra de manera indudable y cierta que las reglas procesales aplicables han sido quebrantadas con notoria y flagrante vulneración del debido proceso, y siempre y cuando esta vulneración sea significativa y trascendental en la decisión; ii) debe cumplirse con unos presupuestos formales de procedencia, como el de presentarse dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo y el de, si se trata de situaciones acaecidas con anterioridad a la sentencia, solicitarse antes de que ésta se emita; iii) debe cumplirse con unos presupuestos materiales de procedencia, como el de demostrar con argumentos serios y coherentes la vulneración del debido proceso, el de no utilizar el incidente para reabrir el debate probatorio hecho en la sentencia, el de mostrar que la afectación al debido proceso es ostensible, probada, significativa y trascendental, el de que se deja de analizar, de manera arbitraria, asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos trascendentales en la decisión.

Antes de estudiar si la sentencia de tutela desconoce la jurisprudencia constitucional en materia de prueba ilícita y de nulidad del proceso judicial, la Sala Plena advierte que la impugnación no se refiere a esta materia, sino al caso concreto. Pese a ello, la Sala emprende el mencionado estudio. Al determinar el alcance de la cuestión, con buen tino, la Sala considera que no existe disputa en cuanto a la necesidad de excluir del proceso la prueba que se obtiene de manera inconstitucional o ilícita, como de hecho se hace en la sentencia impugnada, sino que el conflicto se centra en que esa inconstitucionalidad o ilicitud de la prueba no afecte la validez de las otras pruebas y, en último término, del proceso. La cuestión central del caso es, pues, la regla de la exclusión.

Para reconstruir su jurisprudencia, la Sala Plena trae a cuento varias decisiones, en el siguiente orden:

i) Sentencia C-372 de 1997, en la cual sostuvo que la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Carta, “es la de la prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí”.

ii) Sentencia T-008 de 1998, según la cual, “el hecho de que un juez tenga en cuenta dentro de un proceso una prueba absolutamente viciada, no implica, necesariamente, que la decisión que se profiera deba ser calificada como vía de hecho”, pues “sólo en aquellos casos en los que la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción”.

iii) Sentencia SU-159 de 2002, en la que se reitera que “el artículo 29 inciso último de la Constitución claramente sanciona de nulidad únicamente a la prueba obtenida ilícitamente, no a todas las pruebas del acervo probatorio dentro del cual ésta se encuentre ni a la resolución de acusación y a la sentencia basadas en dicho acervo, conformado por numerosas pruebas válidas e independientes en sí mismas determinantes”.

iv) Sentencia T-212 de 2006, conforme a la cual, “a pesar de que una prueba judicial sea inconstitucional o ilegal, lo cual se traduce en la imposibilidad de reconocerle mérito probatorio, ello no implica –por sí mismo– que proceda forzosamente la acción de tutela por defecto fáctico contra dicha decisión, pues para el efecto se requiere que no existan otros elementos de convicción que permitan preservar la vigencia judicial del fallo cuestionado”.

v) Sentencia T-233 de 2007, que es la enjuiciada, en la que se sostiene que “sólo incurre en error fáctico susceptible de ser revocado por vía de tutela cuando la prueba que no puede valorarse, por ser ilegal o inconstitucional, es fundamental para el raciocinio de la decisión judicial, esto es, que haya servido como pieza fundamental para formar el convencimiento del juez”.

En vista de lo anterior, no sorprende que la Sala Plena concluya que:

En estas condiciones, la Sala no observa que la Sentencia T-233 de 2007 haya incurrido en contradicción doctrinaria respecto del contenido de la jurisprudencia en la materia. Ciertamente, la jurisprudencia anterior, el demandante y la propia sentencia afirman lo mismo, coinciden en sostener que la prueba ilícita debe ser desechada y que el proceso puede quedar vigente si aquella no es crucial para la decisión final y el juez arma su convencimiento con otros elementos probatorios.

La Sala Plena no se queda en la simple verificación de su jurisprudencia, sino que aprovecha la ocasión para reiterar, una vez más, la independencia que existe entre la validez de la prueba y la validez del proceso en el que se

aduce, para lo cual se vale de los argumentos de los que se ha dado cuenta en las secciones anteriores, los cuales, por tal motivo, parece inoficioso repetir aquí.

CONCLUSIONES

1. En la prolija y extensa argumentación de la Corte Constitucional, contenida en las providencias seleccionadas en este documento, se aprecia sin mayor dificultad una clara línea jurisprudencial, plena de matices, que es fruto de una doble experiencia: de una parte la labor teórica de los procesos abstractos y, de otra, el ejercicio práctico de los procesos en los que se cuenta con material probatorio. La simbiosis misional de la Corte produce interesantes resultados en su jurisprudencia.

2. La mala costumbre de escuchar conversaciones ajenas, y la peor costumbre de grabarlas, originan el caso que se estudia en la Sentencia SU-159 de 2002. Este caso brinda a la Corte Constitucional la oportunidad de ocuparse *in extenso* del tema capital de la prueba ilícita, que debe excluirse siempre del proceso, y de sus dos temas derivados: la regla de la exclusión y la aplicación de esta regla.

3. Al resolver el caso sobre la grabación de audio ilícita, la jurisprudencia marca una pauta que seguirá de cerca de ahí en adelante: la prueba ilícita debe retirarse del proceso, pero la ilicitud de la prueba no conlleva, de manera necesaria, la ilicitud de las demás pruebas o del proceso y, si el acervo restante es suficiente, tampoco afecta la validez de la decisión.

4. En el segundo caso, relativo a un proceso de constitucionalidad del código que rige los procedimientos penales, la Corte precisa el alcance de la cláusula de exclusión, para señalar que ésta puede tener excepciones, conforme lo reconoce en sendos casos la Suprema Corte de los Estados Unidos. Estos casos son tres: cuando el vínculo entre la prueba ilícita y la prueba derivada es tenue o atenuado, cuando la fuente de ambas pruebas es independiente y si el descubrimiento de la prueba es inevitable.

5. En el tercer caso, en el cual profundiza el análisis sobre el procedimiento penal, la Corte deja en claro que las evidencias físicas y medios probatorios recaudados en diligencias de registro y allanamiento ilícitas, son también ilícitas y, por lo tanto, no es posible reconocerles valor para ningún efecto.

6. Las malas costumbres se mantienen y progresan, como lo revela el cuarto caso, en el cual una persona filma en video, de manera subrepticia,

lo que pasa en una reunión. De manera muy semejante a como ocurre con el archivo de audio, la Corte considera que el video es una prueba ilícita, por lo que debe excluirse del proceso, pero dada la existencia de otras pruebas, esta exclusión no afecta el resultado del proceso.

7. La impugnación de sentencia que resuelve el cuarto caso, por medio de un incidente de nulidad de sentencias, le permite a la Corte elaborar una línea jurisprudencial sobre la prueba ilícita y sobre la regla de exclusión, para confirmar lo que se dice en la conclusión.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Providencias de la Corte Constitucional colombiana:

Autos:

- Auto 223 de 2006.
- Auto 227 de 2007.
- Sentencias:
 - Sentencia T-231 de 1994.
 - Sentencia T-442 de 1994.
 - Sentencia T-538 de 1994.
 - Sentencia C-491 de 1995.
 - Sentencia T-239 de 1996.
 - Sentencia T-329 de 1996.
 - Sentencia C-372 de 1997.
 - Sentencia SU-477 de 1997.
 - Sentencia T-008 de 1998.
 - Sentencia T-567 de 1998.
 - Sentencia T-267 de 2000.
 - Sentencia SU-1300 de 2001.
 - Sentencia SU-159 de 2002.
 - Sentencia C-329 de 2003.
 - Sentencia C-591 de 2005.
 - Sentencia T-212 de 2006.
 - Sentencia C-210 de 2007.
 - Sentencia T-233 de 2007.

Providencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos:

Casos:

- Caso *Nardote vs. United States*, 308, U.S. 338 (1939).
- Caso *Nix vs. Williams*, 467, U.S. 431 (1984).
- Caso *Silverthorne*, 251, U.S. 385 (1920).

EXTINCIÓN DE DOMINIO

*José María Del Castillo Abella
Camilo Guzmán Gómez*

Honorable
CORTE CONSTITUCIONAL
Magistrado Ponente.
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Ref: EXPEDIENTE D-8333. LEY 1395 DE 2010, ARTÍCULO 73

El suscrito y el Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, en cumplimiento de lo dispuesto por ese despacho en el oficio N° 0029 del 21 de enero de 2011, nos permitimos emitir opinión en el asunto de la referencia. El cometido se desarrollará bajo la siguiente estructura: 1. Demanda, 2. Problema jurídico, 3. Conclusión.

1. LA DEMANDA

El ciudadano José Alonso Cruz Pérez demanda la inconstitucionalidad del artículo 73 capítulo IV de la Ley 1395 de 2010, relativo a la extinción de dominio. El actor señala que el artículo sub-examine es violatorio del preámbulo y los Arts. 1, 2, 4, 13, 22, 25, 29, 42, 58, 83, 88, 93, 188, 213 de la Constitución colombiana y de los Arts. 2, 8.1, 21.1, 24, 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; de los Arts. 3, 6, 15 del Protocolo de San Salvador; de los Arts. 1, 6, 7, 8, 17, 23.1 y 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Arts. 14, 16 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a considerar es saber si las funciones de policía administrativa otorgadas al subdirector jurídico de la Dirección Nacional de Estupefacientes desconoce los derechos de terceros no propietarios y por lo tanto vulnera los derechos fundamentales de estos.

3. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Es menester revisar, antes de proceder a un análisis de constitucionalidad de la norma demandada, el contenido mismo de la demanda dado que, mediante auto del 25 de noviembre de 2010, el Magistrado Sustanciador consideró inadmitir la demanda al estimar que no había en ella un cargo concreto de inconstitucionalidad y otorgar un tiempo suplementario al demandante para subsanar las falencias de la misma.

El demandante presentó una nueva demanda y por lo tanto es necesario analizar el contenido de ésta, para determinar si se dio cumplimiento al auto anteriormente enunciado y si la Corte puede proceder a analizar la constitucionalidad de la norma demandada.

En efecto, para poder pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, la Corte ha considerado que la demanda debe contener una exposición *clara, cierta, específica y suficiente* del concepto de violación.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional estimó en su sentencia C-665 de 2000 que:

“La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental”, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita” e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”.

De otra parte, las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través

“de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutableidad a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.

La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legal y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa” a partir de una valoración parcial de sus efectos.

Finalmente, la suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prima facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”.

En el caso bajo estudio, el demandante argumenta que a los terceros no propietarios se les vulneran sus derechos al no ser tenidos en cuenta por las autoridades competentes en materia de extinción de dominio ni en el artículo demandado.

Sin embargo, a la lectura de la demanda, se ve claramente que este argumento, que constituye la premisa fundamental de los alegatos no se encuentra claramente demostrada.

En efecto, la Ley 793 de 2002 por medio de la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio, en su artículo 13 consagra el procedimiento a seguir en los procesos sobre la mencionada materia, sin excluir directamente la participación de terceros, y además, el párrafo segundo del artículo 73 de la ley demandada, permite la presentación de oposiciones cuando se decretan embargo o secuestro por la autoridad judicial.

Igualmente, cabe precisar, que el artículo demandado otorga un poder de policía administrativa al DNE de aplicación de la cosa juzgada y que debe ser en el momento judicial donde se deben respetar los derechos constitucionales que según el actor son vulnerados.

Adicionalmente, los argumentos “*expuestos por el demandante no reúnen los requisitos mínimos que permitan realizar el examen de constitucionalidad correspondiente, por cuanto se cuestiona un contenido normativo que no emana de su texto, sino que surge de una interpretación subjetiva distinta a la que contempla el tenor jurídico atacado*”¹.

Finalmente, se puede considerar que los argumentos del demandante en relación con la pretendida inconstitucionalidad carecen de especificidad, pertinencia y suficiencia, y se limitan a enunciar un sinnúmero de principios constitucionales y tratados sin llegar a demostrar la violación de alguno de ellos.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, concluimos que se denieguen las pretensiones de los accionantes, y como consecuencia, la Corte se declare inhibida para hacer pronunciamiento de fondo sobre el artículo 73 de la Ley 1395 de 2010.

Respetuosamente,

José María del Castillo Abella
Decano de la Escuela de Derecho

Camilo Guzmán Gómez
Director del Departamento de Derecho Público
Director del Centro de Investigación CREAM

¹ Sentencia C-034/11



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Carrera 15 No. 74-40 Tels: (571) 325 75 00 Ext. 2131 Bogotá D.C.

Calle 18 No. 14A-18 Tels: (575) 420 38 38 - 420 26 51 Santa Marta

www.usergioarboleda.edu.co