

Boletín Nº 24

del
Instituto de Estudios
Constitucionales
Escuela de Derecho

DIRECTOR: LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

LA TUTELA COMO MANIFESTACIÓN DE ALGUNAS FALLAS DE MERCADO Y DE GOBIERNO EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COLOMBIA QUE COMPROMETEN LA EFICIENCIA Y LA EQUIDAD DEL MISMO
Juan Darío Contreras Bautista

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
Luis Javier Moreno Ortiz

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FUERO MILITAR EN COLOMBIA
Ernesto Lucena Barrero

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

CONVENIO UNIDROIT SOBRE BIENES CULTURALES ROBADOS O EXPORTADOS ILÍCITAMENTE
Fernando Velásquez V.

EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN EN LA PRÁCTICA DE PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL
Christian Wolffhügel Gutiérrez



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales

LA TUTELA COMO MANIFESTACIÓN DE ALGUNAS FALLAS DE MERCADO Y DE GOBIERNO EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COLOMBIA QUE COMPROMETEN LA EFICIENCIA Y LA EQUIDAD DEL MISMO

© *Juan Darío Contreras Bautista*

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

© *Luis Javier Moreno Ortiz*

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FUERO MILITAR EN COLOMBIA

© *Ernesto Lucena Barrero*

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

© *Héctor Helí Rojas Jiménez*

CONVENIO UNIDROIT SOBRE BIENES CULTURALES ROBADOS O EXPORTADOS ILÍCITAMENTE

© *Fernando Velásquez V.*

EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN EN LA PRÁCTICA DE PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL

© *Christian Wolffhügel Gutiérrez*

Primera edición: septiembre de 2010.

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 - 3 22 05 38 - 3 21 72 40.

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

*Nada decora como un buen y viejo
libro una casa, o una vida.
Arturo Pérez-Reverte.*

CONTENIDO

“LA TUTELA COMO MANIFESTACIÓN DE ALGUNAS FALLAS DE MERCADO Y DE GOBIERNO EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COLOMBIA QUE COMPROMETEN LA EFICIENCIA Y LA EQUIDAD DEL MISMO” <i>Juan Darío Contreras Bautista</i>	7
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA <i>Luis Javier Moreno Ortiz</i>	39
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FUERO MILITAR EN COLOMBIA <i>Ernesto Lucena Barrero</i>	45
PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 242 DE 2008 SENADO – 138 DE 2008 CÁMARA: “POR MEDIO DEL CUAL SE CONVOCA A UN REFERENDO CONSTITUCIONAL Y SE SOMETE A CONSIDERACIÓN DEL PUEBLO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL” <i>Héctor Helí Rojas Jiménez</i>	59
CONVENIO UNIDROIT SOBRE BIENES CULTURALES ROBADOS O EXPORTADOS ILÍCITAMENTE <i>Fernando Velásquez V.</i>	71
EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN EN LA PRÁCTICA DE PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL <i>Christian Wolffhügel Gutiérrez</i>	85

LA TUTELA COMO MANIFESTACIÓN DE ALGUNAS FALLAS DE MERCADO Y DE GOBIERNO EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COLOMBIA QUE COMPROMETEN LA EFICIENCIA Y LA EQUIDAD DEL MISMO

Juan Darío Contreras Bautista*

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia de 1991 estableció la acción de tutela¹ como un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter excepcional², dentro de los cuales, en

* El autor del presente ensayo es abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en derecho administrativo de la Universidad del Rosario, magíster en derecho económico de la Universidad Externado de Colombia, y autor del libro DERECHO Y ECONOMÍA DE LA SALUD EN COLOMBIA (Bogotá, Librería del Profesional, 2009).

¹ “ARTÍCULO 86. *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

² La acción de tutela tiene su origen en el juicio de amparo mexicano (Constitución del Estado de Yucatán de 1841), como una acción constitucional que tiene por fin proteger los derechos fundamentales de las personas reconocidos en las cartas

principio, no estaba contemplada su procedencia en relación con el acceso a la salud, con excepción del derecho que al respecto les asiste a los niños³.

Sin embargo, en la práctica, parecería que fuera el recurso ordinario por excelencia para obtener pronta y cumplida justicia, como lo demuestran las cifras, teniendo en cuenta que desde 1992 (año en que comenzó la revisión, por parte de la Corte Constitucional, de todas las tutelas falladas en el país) hasta el 21 de octubre de 2010, se han interpuesto 2.872.880 procesos de esa naturaleza⁴, lo cual involucra en un alto porcentaje la protección del derecho a la salud.

Hay que señalar que el comportamiento de la sociedad colombiana en esta materia ha sido de orden ascendente, como lo demuestran los siguientes datos:

TABLA 1
COMPORTAMIENTO HISTÓRICO DE LA ACCIÓN DE TUTELA
EN LOS INGRESOS DE LA RAMA JUDICIAL

AÑO	TOTAL PROCESOS	TUTELAS	%
1997	1.154.329	33.328	3%
1998	1.270.005	50.309	4%
1999	1.612.055	121.245	8%
2000	1.617.489	230.444	14%
2001	1.495.224	175.591	12%
2002	1.251.650	189.871	15%
2003	1.396.737	241.055	17%
2004	1.413.915	263.488	19%
2005	1.245.753	262.619	22%
2006	1.404.932	293.885	21%

* Fuente: Consejo Superior de la Judicatura.

políticas cuando sean desconocidos o vulnerados por actos u omisiones de las autoridades (protección judicial constitucional frente a agravios de autoridad contra las garantías fundamentales de los ciudadanos).

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 44.

⁴ Datos suministrados por la Secretaría General de la Corte Constitucional.

En el 2007 se profirieron 307.475 acciones de tutela⁵; en el año 2008 se decidieron 326.960 procesos de esa naturaleza⁶, en el 2009 se fallaron 358.040 expedientes⁷, y para el presente año la tendencia sigue siendo alcista (377.700 a 21 de octubre de 2010)⁸.

Para el caso de la salud, un estudio de la Defensoría del Pueblo, que revisó el universo de tutelas para proteger el derecho pertinente durante el período comprendido entre los años de 1999 y el primer semestre de 2003, para un total de 145.360 demandas, y una actualización de datos de la misma entidad pública⁹ a diciembre de 2005, revela que el empleo de esa acción por parte de los ciudadanos para que les sea protegido su derecho a la salud es muy elevado (al parecer, más de la tercera parte de la totalidad de tutelas que se interponen en el país)¹⁰.

⁵ La diferencia entre la última tutela enviada para revisión en el 2006 (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala de Selección de Tutelas para Revisión Número 12, Auto de diciembre 15 de 2006), que correspondió a la número 1.502.705, y la última remitida para revisión a fecha 13 de diciembre de 2007, que correspondió a la número 1.810.180, según dato suministrado por la Secretaría General de la Corte Constitucional de Colombia.

⁶ La diferencia entre la última tutela enviada para revisión en el 2008 (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala de Selección de Tutelas para Revisión Número 12, auto de diciembre 12 de 2008), que correspondió a la número 2.137.140, y la última remitida para revisión a fecha 13 de diciembre de 2007, que correspondió a la número 1.810.180, según dato suministrado por la Secretaría General de la Corte Constitucional de Colombia.

⁷ La diferencia entre la última tutela enviada para revisión en el 2009 (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala de Selección de Tutelas para Revisión Número 12, auto de diciembre 9 de 2009), que correspondió a la número 2.495.180, y la última remitida para revisión a fecha 12 de diciembre de 2008, que correspondió a la número 2.137.140 (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala de Selección de Tutelas para Revisión Número 12, auto de diciembre 12 de 2008).

⁸ La diferencia entre el número de tutelas a 21 de octubre de 2010 (según dato suministrado por la Secretaría General de la Corte Constitucional), que correspondió al número 2.872.880, y la última tutela enviada para revisión en el 2009 (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala de Selección de Tutelas para Revisión Número 12, auto de diciembre 9 de 2009), que correspondió a la número 2.495.180.

⁹ La Defensoría del Pueblo tiene como misión velar por la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 282.

¹⁰ El 25 de septiembre de 2009 la Defensoría publicó su tercer informe al respecto, LA TUTELA Y EL DERECHO A LA SALUD AÑOS 2006-2008, donde se indica que para el año 2008 la participación de tutelas en salud sobre el universo fue del 41.5%.

Esta situación llama aún más la atención si se tiene que, en principio, la acción de tutela no resulta procedente para proteger el derecho a la salud, y esto se logra mediante la conexidad de la vulneración del mismo con la violación de otros derechos que tienen el carácter de fundamentales, tales como el derecho a la vida o a la integridad física, o a la preservación de la dignidad de las personas.

2. OBJETIVO

Ante el panorama antes expuesto cabe preguntarse:

¿El Sistema General de Seguridad Social en Salud presenta fallas de mercado y de gobierno que comprometen la eficiencia y la equidad del mismo?

¿Tales fallas se manifiestan mediante el empleo de la acción de tutela para proteger derechos fundamentales como la vida o la integridad física, especialmente en situaciones donde la prestación requerida del servicio debería ser inmediata y sin objeción alguna?

Teniendo en cuenta las anteriores hipótesis, el objetivo del presente trabajo es demostrar que se presentan fallas de mercado y de gobierno en el suministro de la salud en Colombia que comprometen su eficiencia y equidad, las cuales se hacen patentes a través del uso de la acción de tutela para proteger el derecho correspondiente, especialmente cuando la negación de ese servicio público se presenta sin justificación válida alguna y pone en peligro la vida o la integridad física de los usuarios.

3. ASPECTOS TEÓRICOS

En este apartado se presentarán algunos aspectos teóricos para visualizar la equidad y la racionalidad económica en el sistema general de seguridad social en salud de Colombia (SGSSS) utilizando como referente la acción de tutela.

En relación con la salud, la Constitución Política de 1991 adoptó las bases de un modelo económico para la provisión de la misma

(de competencia interna o regulada), con una premisa de eficiencia social expresada mediante la obligación del suministro universal con calidad de dicho bien, cuyo carácter público se adquiere por el reconocimiento del mismo a toda la población a manera de derecho irrenunciable de tipo prestacional.

Para organizar institucionalmente el modelo, se estableció la concepción del servicio público en conjunción con la técnica administrativa de la seguridad social, el cual debe ser desarrollado bajo las premisas de la eficiencia (económica y administrativa) y la solidaridad (contributiva y en la prestación del servicio) para cumplir con la finalidad pretendida por la política pública constitucional de Estado.

Hay que tener en cuenta que el modelo económico propuesto se basa en la segmentación de sus componentes (patrocinio, aseguramiento, prestación), donde el papel del Estado resulta fundamental para el éxito del mismo, en lo que corresponde a la garantía, organización, dirección, reglamentación, regulación, coordinación y control del mercado pertinente. Es de anotar que el SGSSS se financia con recursos públicos provenientes de la redistribución del ingreso, y los agentes que participan en el mercado de la salud lo hacen a nombre del Estado, quien es el garante último del funcionamiento del sistema.

Sin embargo, esa organización institucional no ha resultado suficiente para alcanzar la eficiencia social que represente en debida forma la concepción de Estado social de derecho que se asumió en Colombia, por lo que el pueblo se ha visto obligado a acudir a la justicia utilizando la acción de tutela para que se le proteja el derecho de acceso a la salud cuando su desconocimiento ha puesto en peligro sus vidas, integridad física o dignidad.

En un Estado donde la vida social funcione relativamente bien, el empleo de la acción de tutela debe ser de carácter excepcional. Sin embargo, los amparos solicitados y concedidos en materia de protección del derecho a la salud demuestran lo contrario. Lo normal es que el Estado se legitime de manera directa cumpliendo sus fines mediante las instituciones organizadas para ello y no

como consecuencia de la utilización masiva e indiscriminada de los recursos judiciales.

En ese sentido, se hace hincapié en que la revisión efectuada por el autor de este trabajo de los, en su momento, 4007 descriptores del tema de salud que contempla la base de datos de la Corte Constitucional de Colombia, permite establecer que no es la acción de tutela la causante de las fallas que se presentan en la prestación del servicio público ni de los problemas relacionados con la financiación del mismo.

Por el contrario, ha sido el ejercicio judicial, único en el mundo, el que, además de preservar la vida, la dignidad o la integridad física de muchos ciudadanos, ha permitido, de una manera vertiginosa, contribuir vigorosamente al desarrollo institucional cuantitativo y cualitativo del modelo que se viene aplicando para el suministro de la salud.

No significa esto que, a partir del uso masivo de la tutela para proteger el derecho a la salud, no se presenten o deriven fallas en el empleo del proceso judicial extraordinario, las cuales, a su vez, pudieran impactar negativamente el mercado de la salud, bien sea en sus recursos o en su finalidad social. Pero se trata de un asunto que se da como consecuencia de otros problemas o fallas en el suministro del servicio.

De entrada, debe decirse que es contrario a la eficiencia que un juez tenga que resolver un problema técnico como es el suministro de la salud para cada caso concreto, porque se trata de un asunto propio de los profesionales de este ramo de la ciencia. A partir de ahí, el juez debe hacer su mejor esfuerzo para preservar los valores fundamentales inescindiblemente asociados al combate de las patologías, puesto que quienes debieron asumir la responsabilidad en su momento no actuaron como era de esperarse.

Esto puede implicar que haya fallos que impacten negativamente los costos (conceder más beneficios de los requeridos), en los cuales se involucre el comportamiento racional del juez (evitar responsabilidades por una errónea decisión que comprometa la vida del tutelante –responsabilidad civil extracontractual por error judicial-; exceso de carga laboral; corrupción); o decisiones que

contribuyan a desconocer el derecho, muchas de las cuales han tenido que ser corregidas en la instancia de revisión por la Corte Constitucional¹¹, y otras en donde esta oportunidad de protección llega demasiado tarde¹².

Resulta tan aberrante la última situación descrita, que la Corte Constitucional expresamente lo ha señalado de la siguiente manera¹³:

“En efecto, la Corte ha visto con preocupación, y así lo ha manifestado en numerosos fallos, que algunas entidades encargadas de la prestación del servicio público de salud, obstaculizan la adecuada prestación del servicio, o dilatan tal prestación, hasta que se produzca una orden judicial del juez de tutela. Casi que podría hablarse de que se está convirtiendo la acción de tutela, en un requisito sine qua non para que el interesado pueda recibir atención médica. Se ha visto que esta tendencia no analiza, siquiera, la urgencia del caso concreto. Es decir, para la Corte, la situación bajo estudio, no es un caso aislado, ni excepcional. Lo que resultó absolutamente infortunado para la actora y su familia, es que el amparo pedido, no fue suficiente para la protección del derecho fundamental a la vida”.

Ante este panorama tan complejo, en el siguiente apartado se observará una referencia de dicha problemática para captar las posibles fallas que se vienen presentando en el mercado de la salud y obtener algunas conclusiones al respecto.

¹¹ Desde 1992 hasta el 29 de mayo de 2010, la Corte Constitucional de Colombia ha proferido 12.879 sentencias de revisión de tutelas, lo que incluye los fallos relacionados con el tema de la protección de la salud. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. RELATORÍA.

¹² Ha habido casos en que la Corte Constitucional de Colombia, al momento de proferir sentencias de revisión de acciones de tutela, ha tenido que declararse inhibida para hacerlo debido a que los requirientes de la decisión judicial suprema que les proteja la vida ante la negativa del tratamiento médico y de las decisiones judiciales previas, ya han fallecido, como ocurrió con las sentencias T-236 de 1996; T-428 de 1998; T-607 de 1999; T-983 de 1999; T-184 de 2006; T-756 de 2006.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-607 de 1999.

4. PRESENTACIÓN DE CASO

En este segmento se mostrará la problemática de las fallas de mercado y de gobierno que aquejan el suministro de la salud y que se han hecho visibles mediante el empleo de la acción de tutela con el fin de obtener la protección del derecho pertinente, para lo cual se utilizarán como fuentes de información los estudios efectuados por la Defensoría del Pueblo de Colombia “*La tutela y el derecho a la salud. Causas de la tutela en salud.*”¹⁴, del año 2004, y la actualización de éste “*La tutela y el derecho a la salud. Periodo 2003-2005*”, publicada en su sitio web en el año 2007.

Para el período comprendido entre 1999 y 2003, se interpusieron un total de 565.323 acciones de tutela, de las cuales 145.360 correspondieron a salud, con un porcentaje de participación del 25.7%, lo cual se discrimina de la siguiente manera:

TABLA 2
REGISTRO DE TUTELAS – TOTAL Y POR DERECHO A LA SALUD

Año	Total Tutelas	Tutelas Salud	% Participación
1999	86.313	21.301	24.7%
2000	131.764	24.843	18.9%
2001	133.272	34.319	25.8%
2002	143.887	42.734	29.7%
2003*	70.087	22.163	31.6%
Total	565.323	145.360	25.7%

*Corte a junio de 2003

Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia.

El mayor porcentaje fue contra las, en ese entonces, 27 EPS¹⁵, con el 73.1%, seguido de los entes territoriales con el 11.4%. Las Administradoras del Régimen Subsidiado sólo fueron demandadas en el 3.1% de los casos. Los mayores porcentajes de las EPS fueron contra el Instituto de Seguro Social (60.8%) y Cajanal (9.5%).

¹⁴ Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2004. 51 páginas.

¹⁵ Instituto de Seguro Social, Cajanal, Saludcoop, Coomeva, Cafesalud, Susalud, Salud Total, Caprecom, Humana Vivir, Sanitas, Salud Colmena, Comfenalco Antioquia, Famisanar, Unimec *, Cruz Blanca, Servicio Occidental de Salud, Solsalud, Compensar, Colseguros *, Comfenalco Valle, Salud Colpatria, Saludvida, EPS de Caldas *, Convida *, Cónдор*, Calisalud *, Risaralda EPS * (* En liquidación).

El 70% de las tutelas correspondió a servicios que se encontraban dentro del POS, de las cuales el 95.2% no estaba limitado por las “semanas mínimas de cotización” para el acceso al servicio¹⁶:

TABLA 3
TUTELAS POS NO SUJETAS A PERÍODOS MÍNIMOS DE COTIZACIÓN

	POS	POS ALTO COSTO	TOTAL POS	TOTAL TUTELAS	% POS	NO LÍMITES MÍNIMOS DE COTIZACIÓN %
EXÁMENES	28.553	734	29.287	36.790	79.61%	98.54%
CIRUGÍAS	24.203	5.101	29304	35.724	82.03%	95.28%
TRATAMIENTOS	14.997	14.817	29.794	32.798	90.84%	91.32%
MEDICAMENTOS	4.107	0	4.107	27.223	15.09%	100%
PROCEDIMIENTOS	3.498	924	4.422	4.634	95.43%	90.37%
PRÓTESIS	3.741	2.205	5.946	9.971	59.63%	98.23%
TOTAL	79.079	23.781	102.860	147.140	69.91%	95.21%

* Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia.

Las decisiones judiciales en primera instancia favorecen a los tutelantes, en cuanto que en el 78.5% las peticiones fueron concedidas. En un 21.2% fueron negadas debido a que la entidad demandada solucionó el problema durante el transcurso del proceso (carencia actual de objeto al momento del fallo). De estas, sólo se remitió a segunda instancia el 17% de las tutelas, de las cuales el 78.7% de las sentencias de primera instancia fue confirmados; de las tutelas concedidas, sólo el 12% fue revocado, y de las que negaron las pretensiones, el 23% fue revocado¹⁷.

El estimativo que hace la Defensoría del Pueblo de las personas que habrían perdido arbitrariamente el derecho de acceso al POS de no haber sido por las tutelas interpuestas, es de 87.300, lo que equivale a igual número de procesos innecesarios¹⁸, con los costos de transacción que esto conlleva (externalidad negativa). Lo más solicitado, en su orden, fueron exámenes, cirugías, tratamientos y medicamentos.

¹⁶ COLOMBIA. LEY 100 DE 1993. Artículo 164. LEY 1122 DE 2007. Artículo 14, literal h.

¹⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. La tutela y el derecho a la salud. Causas de la tutela en salud. Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2004. Páginas 40-43.

¹⁸ *Ibid.* Páginas 16, 17.

El cuarto lugar de los medicamentos se explica porque muchos son costeados por gasto de bolsillo de las familias debido a que las barreras de acceso en su suministro no dan espera (antibióticos) o desestimulan una acción judicial por los relativos bajos costos de los mismos (analgésicos). En cuanto a los exámenes, el 79.6% estaba incluido en el POS, y sólo el 2% correspondía al POS de alto costo; en gran parte son esenciales para efectos quirúrgicos, por lo que su negativa incide en la postergación de las intervenciones. A su vez, el 82% de las cirugías estaba incluido en el POS, de las cuales sólo el 14% era de alto costo¹⁹.

El análisis descriptivo de actualización del trabajo “*La tutela y el derecho a la salud*” del año 2004, para el período comprendido entre los años 2003-2005, y publicado en el año 2007, muestra que se interpuso un total de 571.834 acciones, de las cuales 204.994 correspondieron a salud, con un porcentaje de participación del 35.84%, discriminado de la siguiente manera:

TABLA 4
REGISTRO DE TUTELAS – TOTAL Y POR DERECHO A LA SALUD

Año	Total Tutelas	Tutelas Salud	% Participación
2003	149.439	51.944	34.75%
2004	198.125	72.033	36.35%
2005	224.270	81.017	36.12%
Total	571.834	204.994	35.84%

Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia.

En el año 2005, en fallo de primera instancia se concedió el 85.3% de las tutelas interpuestas, y el resto no se decidió a favor de los tutelantes por carencia actual de objeto al momento de la decisión (hecho superado mediante el servicio médico pertinente; muerte del demandante). Las entidades más demandadas son las EPS, con el 77% de los casos; le siguen los entes territoriales, con el 14.6% de las acciones de tutela²⁰.

¹⁹ *Ibíd.* Páginas 20-24..

²⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. *La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005.* Bogotá, 2007. Páginas 33, 37.

Dentro de las primeras, 14 prestan exclusivamente sus servicios al régimen contributivo, teniendo la mayor participación el ya liquidado Instituto de Seguro Social (51.7%) y Saludcoop (15%); 8 lo hacen simultáneamente para el régimen contributivo y subsidiado; llama la atención la proliferación de entidades promotoras del régimen de salud subsidiado, con un total de 49²¹. Esto puede deberse al ser un negocio muy rentable por falta de control y porque sus afiliados lo perciben más como un asunto de caridad pública que como un derecho (se conforman con lo que se les brinde; su baja formación socioeconómica aumenta la ignorancia al respecto).

El 56.4% de las tutelas interpuestas correspondió a reclamaciones de servicios cubiertos por el POS, de las cuales, el 93.4% de los servicios no se hallaba limitado por la causal de “*semanas mínimas de cotización*”. En estos casos la causa de la negación de la salud radica en la interpretación que, del Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud –MAPIPOS-²², hacen los responsables de la afiliación y prestación del bien público para efectos de definir si el servicio requerido está o no incluido en el POS.

Esto se debe, en parte, a la falta de actualización de ese manual frente a los avances tecnológicos²³, y, en gran medida, al comportamiento racional de los agentes económicos que efectúan interpretaciones acomodaticias para impedir el acceso al servicio a los usuarios.

El 29.7% reclama servicios no cubiertos por el POS y el 13.3% de las tutelas solicita simultáneamente servicios POS y NO POS. En este último caso los jueces no discriminan, y ordenan cobrar todo contra el FOSYGA²⁴ (racionalidad en la decisión judicial).

En cuanto a los contenidos más frecuentes de las tutelas interpuestas, se tiene:

²¹ *Ibíd.* Páginas 38-43.

²² COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. Resolución 5261 de 1994. Actualizado mediante los acuerdos expedidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

²³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. Obra citada (2007). Páginas 50, 67.

²⁴ *Ibíd.* Página 50.

TABLA 5
CONTENIDO MÁS FRECUENTE DE LAS TUTELAS INTERPUESTAS
PERÍODO 2003-2005

Requerimiento	Porcentaje %
Exámenes paraclínicos	20.1%
Medicamentos	18.4%
Cirugías	17.6%
Tratamientos	12.0%
Prótesis y órtesis	10.9%
Citas médicas	7.0%
Procedimientos	4.6%

Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia.

No obstante, se tiene que las tutelas por medicamentos vienen en constante aumento, siendo la causa más elevada de interposición de tutelas en el año 2005²⁵. En esto incide mucho la negación total o parcial en la entrega de medicamentos.

El 73.7% de los exámenes paraclínicos solicitados vía tutela hacía parte del POS, contributivo y subsidiado, de los cuales sólo el 2.8% se hallaba limitado por la causal “*semanas mínimas de cotización*”; en medicamentos, sólo el 15.3% de los solicitados judicialmente estaba incluido en el POS (los medicamentos solicitados no son genéricos sino de marca), y de éstos, el 4.1% estaba sujeto a la causal “*semanas mínimas de cotización*”; el 89% de las cirugías reclamadas mediante amparo se encontraba dentro del POS, y el 6.8% de este porcentaje se encontraba limitado por la causal “*semanas mínimas de cotización*”.

El 92.7% de los tratamientos solicitados correspondía al POS, de los cuales el 9.5% estaba incurso en la causal de “*semanas mínimas de cotización*”; el 52.3% de las prótesis y órtesis pedidas judicialmente se encontraba incluido en el POS, de cuyo total el 9.9% se hallaba limitado por la causal indicada; de las citas médicas especializadas, el 96.9% de los amparos solicitados estaba dentro del POS, y ninguno estaba sujeto a “*periodos mínimos de cotización*”; el 84.1% de los procedimientos solicitados en tutela se encontraba dentro del POS, de los cuales el 9.9% se encontraba sujeto a la causal de “*semanas mínimas de cotización*”²⁶.

²⁵ Ibid. Página 52.

²⁶ Ibid. Páginas 55, 59, 65, 67, 70, 71.

Lo anterior se visualiza de la siguiente manera:

TABLA 6
REQUERIMIENTOS JUDICIALES DE TUTELA INCLUIDOS EN EL POS
PERÍODO 2003-2005

Requerimiento	Porcentaje %
Exámenes paraclínicos	20.1%
Medicamentos	18.4%
Cirugías	17.6%
Tratamientos	12.0%
Prótesis y órtesis	10.9%
Citas médicas	7.0%
Procedimientos	4.6%

Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia.

En el último estudio de la Defensoría del Pueblo de Colombia²⁷ sobre tutelas en salud para los años 2006-2008, se observa que la tendencia de lo anteriormente expuesto se mantiene, según los resultados arrojados por los dos primeros estudios de la misma entidad. En ese sentido, el 78.1% de las tutelas para proteger el derecho a la salud se interpone contra las Entidades Promotoras de Salud. En cuanto a los requerimientos más tutelados se tienen: cirugías, 20.8%; medicamentos, 19.2%; exámenes paraclínicos, 18.6%; prótesis y órtesis, 13.7%; citas médicas, 10.4%; y tratamientos, 7.5%.

En lo relacionado con las negaciones de servicios contemplados dentro del Plan Obligatorio de Salud, la tendencia ha sido a la baja (2006: 60.0%; 2007: 50.7%; 2008: 49.3%). Esto puede deberse a varias hipótesis, tales como que el sistema ha mejorado en eficiencia, lo cual es muy relativo por el aumento de las tutelas; o que la racionalidad de los agentes del mercado de la salud viene imponiendo nuevos medicamentos, exámenes y tratamientos no incluidos en el POS, entre ellos los medicamentos de marca frente a los genéricos, etc.

La Defensoría del Pueblo reporta que el número de tutelas interpuestas en el año 2009 disminuyó en relación con las del 2008²⁸, aunque la mayoría de reclamaciones se presentaron para acceder a servicios

²⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. Obra citada. 2009.

²⁸ 100.490 en el año 2009, frente a 142.957 en el año 2008.

incluidos en el POS, en un porcentaje mayor que el de los años 2006 a 2008 (68,2%). La razón de esa caída se debe a que los usuarios acuden a los comités técnico-científicos, ya que lo decidido por estos se cubre con recursos del sistema, mientras que lo ordenado por tutela debe ser sufragado entre la EPS y el Fosyga.

Pero en costos, los recobros pasaron de 600 mil millones de pesos a 2,5 billones de pesos en dos años²⁹, muy probablemente por un desbordamiento del comportamiento racional de los agentes del mercado de la salud con el ánimo de inducir reformas al sistema en función de sus intereses económicos. En ese sentido, el comportamiento de los recobros ha sido el siguiente:

AÑO	VALOR (\$)
2002	56.741.403.512.00
2003	113.708.143.232.00
2004	170.154.746.532.00
2005	265.184.808.391.00
2006	570.020.905.611.00
2007	1.018.762.350.922.00
2008	1.759.402.261.989.00
2009	2.050.216.972.289.00

*Fuente: Gobierno Nacional

Las precedentes cifras demuestran que se está utilizando la acción de tutela para obtener la protección del derecho a la salud mediante el suministro del servicio por orden judicial, dadas las características de la referida acción para lograr pronta y cumplida justicia en materia de amparo de derechos fundamentales, aunque últimamente y por razones de racionalidad económica, los comités técnicos científicos han venido ganando terreno en decisiones para el suministro de la salud.

²⁹ En el año 2010, se han presentado 2.060.609 recobros, de los cuales 1.502.019 son por servicios aprobados por los CTC, y los restantes 558.590 corresponden a tutelas. Redacción salud. *“Bajan tutelas pero no los reclamamos en salud.”* En: El Tiempo. Bogotá, 1 de octubre de 2010. Páginas 1-7.

A futuro surge una expectativa en relación con las barreras de acceso al servicio de salud y su corrección mediante la acción de tutela debido a lo decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia de tutela T-760 de 2008, ya que en esta providencia se imponen, al Estado colombiano, unos lineamientos generales (no únicamente para casos concretos) en materia de regulación y control encaminados a reforzar la eficiencia integral del sistema de salud para alcanzar la cobertura universal con calidad mediante la solidaridad en la financiación y la prestación del servicio.

Como respuesta más reciente frente a las fallas de mercado y de gobierno que viene presentando el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto número 4975 de 2009, estableció el estado de excepción para gobernar en la modalidad de emergencia social³⁰, para conjurar un supuesto sobreviniente colapso de dicho sistema por su desfinanciación como consecuencia del suministro de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (entiéndase por culpa de la acción de tutela)³¹ y de las fallas en la intervención estatal en la salud.

Como consecuencia de dicha declaratoria, se expidieron 15 decretos con el rango de leyes de la República, mediante los cuales lo que

³⁰ El decreto de estado de emergencia social lo decidió el Gobierno Nacional con base en las facultades establecidas en el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia.

³¹ Esa percepción del Gobierno Nacional de considerar a la acción de tutela como una de las principales amenazas a la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en salud, para efectos de justificar la declaratoria de emergencia social mediante el Decreto número 4975 de 2009, resulta incuestionable según la intervención del Presidente de la República dentro del proceso de control judicial constitucional de dicha norma, por intermedio del Secretario Jurídico de la Presidencia, en los siguientes términos:

“El SGSSS, creado mediante la Ley 100 de 1993, en su concepción inicial y en su análisis financiero no incluía, la prestación de servicios de salud (actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos) diferentes a los contenidos en el Plan Obligatorio de Salud –POS-. Sin embargo, durante el proceso de consolidación, a partir de decisiones judiciales en sede de tutela (particularmente la sentencia SU-480 de 1997), surgió la cobertura denominada de manera genérica lo “No – POS” y esta se ha convertido en una de las principales amenazas a la sostenibilidad financiera del sistema.”.

realmente se pretendió fue desnaturalizar el modelo de seguridad social con la intención de transformarlo en uno de aseguramiento privado de la prestación del servicio de salud³².

Afortunadamente la Corte Constitucional declaró inexecutable el Decreto número 4975 de 2009 porque percibió que no existieron hechos sobrevinientes que justificaran la declaratoria del estado de emergencia social para resolver los problemas de financiación de la salud.

El gobierno actual³³ quiere impulsar una reforma al sistema de salud a partir de la actualización del POS con fines de control de costos de enfermedades No Pos, respeto a la autonomía del médico como autoridad, replanteamiento de su financiación, reajuste de la unidad de pago por capitación, fortalecimiento de las funciones de inspección y control, establecimiento de planes de promoción y prevención, replanteamiento de competencias en el régimen subsidiado, juntas de pares médicos que reemplacen las soluciones dadas actualmente mediante tutela, control de precios de medicamentos con tendencia a la baja e importaciones de los mismos con la misma finalidad, y control de la cadena de recobros³⁴.

Ante panoramas como el que realmente motivó la declaratoria de la emergencia social aludida, lo necesario es que la sociedad colombiana, como demandante universal, se apropie el modelo de salud actual dándole la valía que le corresponde mediante el conocimiento del mismo con sus beneficios y fallas, lo cual implica la exigencia para que se madure en debida forma y cumpla con sus cometidos políticos de orden constitucional, empezando por requerir que el Estado colombiano cumpla de manera eficiente su rol en materia de regulación y control.

³² Ver Decretos Leyes 128 y 131 de 2010.

³³ Período 2010 – 2014.

³⁴ Amat, Yamit. “Revolución en el sistema de salud”. En: El Tiempo. Bogotá, 17 de octubre de 2010. Página 3.8.

5. CONCLUSIONES

5.1. Son varias las conclusiones que se pueden plantear frente al caso analizado. Primera, se demuestra que el Sistema General de Seguridad Social en Salud presenta fallas de mercado y de gobierno que comprometen la eficiencia y la equidad del mismo, las que se manifiestan mediante el empleo de la acción de tutela para proteger derechos fundamentales tales como la vida o la integridad física, especialmente en situaciones donde la prestación requerida del servicio debería ser inmediata y sin objeción alguna.

Esto se hace patente porque la acción de tutela, que es un mecanismo judicial de aplicación excepcional, está siendo utilizada para corregir dichas fallas que se expresan en barreras de entrada o acceso al servicio de salud a manera de manifestaciones de comportamiento racional de sus agentes económicos encaminadas a generar extraganancias que no obtendrían en condiciones de mercado libremente competitivo ajustadas al modelo de Enthoven (competencia interna o regulada).

De igual modo, porque se está empleando la tutela con fines racionales relacionados con el impulso en el mercado de la salud de nuevos equipos, tratamientos y medicamentos, y hasta con intenciones experimentales que distan mucho de la aceptación social desde un punto de vista ético.

5.2. En segundo lugar, se percibe que el empleo del mecanismo judicial indicado no es espontáneo sino inducido por los actores económicos encargados de la responsabilidad en la afiliación y provisión del bien público de la salud³⁵, porque a partir del modelo

³⁵ Normalmente, un bien público es aquel que no es rival ni excluyente, en cuanto que el costo marginal de provisión a un consumidor adicional es cero y no es posible impedir a nadie que lo consuma. Con esas características, este tipo de bienes no son de interés para el mercado.

Para el presente caso, la solución consiste en lograr que la salud sea un bien público que le interese al mercado (no monopolios públicos en su suministro; no barreras de acceso a su consumo), por lo que esta es de tipo institucional (obligación de garantizar el consumo universal con calidad cubierto económicamente mediante la solidaridad contributiva).

de contratación (unidades de pago por capitación para el suministro del plan obligatorio de salud), se obtienen las ganancias. Éstas son directamente proporcionales a las barreras de acceso al servicio³⁶. Se trata de un abuso de la posición dominante que ostentan los agentes del mercado de la salud en relación con la demanda.

Esto se capta así, teniendo en cuenta que la mayoría de tutelas se interpone para reclamar servicios cubiertos por el POS, los cuales son negados sin que exista justificación al respecto, ni siquiera la relacionada con períodos mínimos de cotización.

Una encuesta de la Defensoría del Pueblo de Colombia a 1544 médicos de 310 municipios del país, demuestra que la actividad es restringida por órdenes de las EPS y de las IPS a las cuales prestan sus servicios, en lo que tiene que ver con tiempos de consulta, solicitud de exámenes de laboratorio, formulación de medicamentos, autorización de imágenes diagnósticas y con remisiones a especialistas, entre otras. Las IPS imponen el 52.6% de las restricciones y las EPS el 47.4% restante³⁷. De hecho, esto compromete la calidad de la atención.

Algunos, en el campo de la salud, les han asignado el nombre de bienes meritorios al considerarlos como bienes a los cuales todos los miembros de una sociedad tienen derecho sin importar su capacidad de pago o su condición. LÓPEZ MORENO, SERGIO. Centro De Investigación en Sistemas de Salud. Instituto Nacional de Salud Pública. Cuernavaca, Morelos, México. http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36341999000500014. Esta designación sólo es aplicable de manera residual frente a los conceptos de bienes públicos y privados, cuando el Estado interviene produciéndolos para suministrárselos a aquellos que, de una u otra manera, nunca podrían tener acceso a ellos por sus propios medios económicos (recursos de bolsillo; seguro social).

³⁶ “... *Lo censurable de esta situación es que, si bien la atención de la enfermedad (cáncer en niños que es en un 90% curable pero sólo sobreviven menos de la mitad de los pacientes, por causas administrativas) está cubierta por el sistema de salud, las barreras que se levantan para impedir el acceso oportuno y suficiente a los beneficios sea una constante, ante los ojos indiferentes de los entes encargados de vigilar a las aseguradoras, que convirtieron los trámites en una fuente de ahorro, que en este caso es, a todas luces, criminal.*”. EL TIEMPO. Editorial. En: EL TIEMPO. Bogotá, 15 de noviembre de 2007. Página 1-24.

³⁷ PERILLA SANTAMARÍA, SONIA y FERNÁNDEZ, CARLOS. Médicos sólo recetan si no han llenado cupo que imponen EPS. En: EL TIEMPO. Bogotá, 25 de noviembre de 2007. Página 1-8.

En estas circunstancias, surge una primera pregunta:

¿Cuántas personas no acceden al servicio por no acudir a la acción de tutela cuando el mismo es negado por los prestadores?

Es de esperarse que mucha gente se quede sin el suministro del bien por cuenta del SGSSS porque lo asumen de su propio peculio o dejan el asunto en manos de la naturaleza; esto último puede significar muerte, secuelas permanentes o recuperación espontánea a costos muy elevados desde el punto de vista de la dignidad humana (mucho dolor y miseria humana). Ya se indicó y demostró que ha habido casos en que el tutelante fallece esperando la decisión judicial.

Pueden ser tan excesivamente racionales las barreras de acceso en el caso de los que no tutelan y mueren por la negligencia en el suministro del servicio, en lo que corresponde a la intención de liberar costos convertibles en ganancias (puede resultar más barato dejar morir a un enfermo catastrófico y pagar la indemnización correspondiente que atenderlo. Por ejemplo, 10 años de atención a 5 millones de pesos mensuales versus una condena por responsabilidad civil de 300 millones de pesos en un proceso que puede durar 10 años o más, lo cual da tiempo para hacer las provisiones anuales para cubrir los costos del fallo, y arrojar un margen de ganancia de 300 millones de pesos).

De igual manera, la inducción del uso de la tutela para acceder a la salud, por parte de los aseguradores, en sí misma se les convirtió en rentable a estos debido a que la mayoría de los fallos judiciales les ordenan la protección del derecho autorizándoles su recobro contra los recursos del Fosyga³⁸ o de las entidades territoriales, y no con cargo a los destinados por el SGSSS para el suministro del POS (se trata de un pago adicional que, en muchos casos, debería ser cubierto por los contratos de suministro de salud ya pactados y pagados).

³⁸ Fondo de Solidaridad y Garantía (administra recursos públicos para compensación y subsidio en materia de salud). LEY 100 DE 1993. Artículos 218 a 224.

También se ha utilizado la acción judicial excepcional para inducir consumos (nuevos diagnósticos y tratamientos para capturar o retener mercados o para responder a otros intereses económicos –multinacionales de medicamentos, servicios, equipos médicos, etc.-). Así mismo, las barreras de entrada en el suministro de los servicios médicos obligatorios están redireccionando el consumo hacia los servicios médicos complementarios, especialmente los de medicina prepagada (mayores costos para el usuario a cambio de menos barreras; mayores ganancias para el régimen contributivo por la integración vertical del aseguramiento y la prestación)³⁹.

5.3. Como tercera conclusión se tiene que, curiosamente, la consecuencia más relevante del uso de la tutela para proteger el derecho a la salud es que las sentencias judiciales (especialmente las proferidas por la Corte Constitucional de Colombia, al verse obligadas a garantizar la equidad en el acceso al bien público ante las barreras interpuestas por los agentes económicos con el fin de generar extraganancias), de hecho, se convirtieron en el mecanismo de corrección de las fallas de mercado en el suministro del servicio, remplazando en esto a los organismos del Estado que deberían cumplir dicha función⁴⁰.

A pesar de sus cuestionamientos en materia de eficiencia (un juez resolviendo problemas médicos propios de un consultorio o un hospital) y de las externalidades negativas al sistema de salud (el costo de la justicia para hacer que se cumplan las obligaciones pactadas; los costos de la defensoría pública o privada)⁴¹, esta

³⁹ Es obligatorio estar afiliado al régimen contributivo para acceder a los servicios de salud complementarios mediante el pago de los mismos por parte del peculio de los contratantes (convenios privados).

⁴⁰ Como ya se señaló, el ejemplo más reciente de corrección de fallas de mercado y de gobierno mediante decisión judicial es la Sentencia de tutela T-760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional de Colombia, en la cual se imponen una serie de medidas de carácter general para ser cumplidas por el patrocinador (el Gobierno como garante, regulador y controlador) y los aseguradores.

⁴¹ “... *Y es que adicional al drama que enfrentan los pacientes y sus familias se suman los costos que implica acceder al proceso, aunque se presume sin costo. Quien no conoce el mecanismo de la tutela, consigue un abogado al que le paga para que redacte la petición, más el costo de las fotocopias y los transportes. / Y por el otro*

actividad, única en el mundo, ha contribuido a madurar el SGSSS de una manera vertiginosa (hasta el momento, un poco más de 15 años), especialmente en lo que tiene que ver con sus debilidades.

El inconveniente radica en que los fallos, por su carácter individual y para cada caso concreto⁴², no han logrado corregir el comportamiento racional reiterativo de los integrantes del sistema, especialmente de los aseguradores, a pesar de que en sus providencias los jueces los conminan a no incurrir en las conductas abiertamente contrarias al acceso al servicio de salud, y sin importarles los riesgos administrativos (sanciones), civiles (responsabilidad patrimonial) y penales (fraude a resolución judicial) que del comportamiento omisivo se deriven⁴³.

Al respecto, en relación con la conducta reiteradamente pretermisiva de los aseguradores y prestadores, el máximo tribunal de justicia constitucional de Colombia ha indicado⁴⁴:

“Ahora bien, la Corte considera que, encontrando las personas en la acción de tutela eficaz medio de defensa de sus derechos ante la omisión de las instituciones de seguridad social, y justamente por cuanto la creciente utilización del amparo está delatando cada vez con mayor contundencia un estado de cosas contrario a los principios constitucionales básicos, no es posible admitir que los administradores de tales organismos adopten la actitud de aguardar los fallos judiciales para cumplir las funciones que les corresponden.”

lado, no sólo aparecen los costos en que incurrir los juzgados, sino la congestión de los mismos. De hecho, así la EPS pierda el proceso, la condena no incluye ningún pago a las arcas de la justicia...”. GIRALDO BRICEÑO, César. Jueces piden “auxilio” por tutelas en salud. En: EL TIEMPO. Bogotá, 25 de mayo de 2007. Página 1-3.

⁴² Ese es uno de los aspectos que se busca superar mediante la Sentencia de tutela T-760 de 2008.

⁴³ “Y es que en solo día y medio de esta semana a la Supersalud llegaron 22 fallos de tutela remitidos por igual número de jueces, en las que éstos le piden al ente de vigilancia y control que “actúe” por considerar que hay reiteración de procesos por: medicamentos, procedimientos, exámenes de laboratorio o aparatos que se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) y que las EPS no entregan con oportunidad a sus afiliados.” GIRALDO BRICEÑO, César. Obra citada. Página 1-3.

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-391 de 1999.

Teniendo en cuenta que los problemas que inducen el uso de la acción de tutela no radican en este mecanismo judicial sino en el comportamiento racional de los agentes económicos que compromete la equidad del SGSSS⁴⁵, en cuanto que se impide el acceso al servicio a los usuarios de la salud (las más de las veces sin justificación alguna), debe formularse una segunda pregunta:

¿Por qué se reitera, sin control, el comportamiento racional indicado?

5.4. La respuesta, a manera de cuarta conclusión, radica en que el Estado, en su papel de garante, director, regulador, coordinador y controlador del SGSSS, no cumple a cabalidad con esas funciones, especialmente las de regulación y de control. En cuanto a las primeras, por ejemplo, no se actualiza con la regularidad requerida el POS ni el MAPIPOS. En relación con las segundas, las tutelas interpuestas y falladas en todo el país para proteger el derecho a la salud, y su incremento constante, son un fiel reflejo de la falta de control, vigilancia e inspección efectivos sobre la actividad económica pertinente.

El Estado ha tenido un comportamiento racional en relación con la salud que incide directamente en contra de la eficiencia del SGSSS, porque no está cumpliendo a cabalidad con su deber de asegurar la prestación eficiente del servicio a todos los habitantes del territorio nacional como lo prescribe el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, asunto que va más allá de la provisión de los recursos financieros para su suministro en cuanto que implica una constante regulación y control para que se cumpla con dicha finalidad social sin obstrucción alguna.

Tal comportamiento racional estatal en contra de la eficiencia del SGSSS es palpable en lo que tiene que ver con el manejo que el ente moral les viene dando a los dineros destinados a su financiación

⁴⁵ Se toma como referente de equidad el concepto constitucional de universalidad con calidad para garantizar el acceso al servicio público de salud a todos y cada uno de los habitantes de Colombia en condiciones solidarias de financiación y prestación, teniendo en cuenta lo establecido al respecto en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, numerales 1, 2, 3 y 9.

y control, debido a que son recursos públicos que están siendo empleados para fines diferentes de la seguridad social en salud, contraviniendo así el mandato fundacional de destinación específica de los mismos⁴⁶, lo cual explica en gran medida las fallas de gobierno en relación con la salud como actividad económica que debe coadyuvar al fin social del suministro universal del servicio con calidad.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, en sentencia de acción popular⁴⁷ de 21 de febrero de 2007, ordenó al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA que libere recursos por 1.2 billones de pesos (más de 600 millones de dólares) que tiene invertidos en títulos de deuda pública o títulos de tesorería TES (desviación de recursos de la salud para financiar déficit fiscal)⁴⁸, y los destine a la ampliación de cobertura en salud, debido a que tales recursos hacen parte de la subcuenta de solidaridad del SGSSS administrada por dicho Fondo⁴⁹.

De igual manera, se ha establecido que los recursos propios de la Superintendencia Nacional de Salud de Colombia son invertidos en títulos de deuda pública de la Nación y no en el control de la actividad económica que le corresponde asumir, lo cual explica, en gran parte, la debilidad institucional para el cumplimiento de la vigilancia e inspección del sector⁵⁰.

⁴⁶ “...No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella ...”. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 48.

⁴⁷ Proceso judicial para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio público, lo que implica el uso para el cual éste ha sido destinado. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 88.

⁴⁸ Este comportamiento irregular de los agentes políticos encargados de la administración de los recursos de la salud se presenta a pesar de que el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia prescribe que los recursos destinados a las instituciones de la seguridad social no deben ser invertidos para fines diferentes a ella.

⁴⁹ EL PULSO. PERIÓDICO PARA EL SECTOR DE LA SALUD. Medellín, año 9, número 106, julio de 2007. <http://www.periodicoelpulso.com/html/0707jul/general/general-06.htm>

⁵⁰ Ese empleo diferente de los recursos propios de la Superintendencia Nacional de Salud fue demostrado en el Concepto del Procurador General de la Nación número

El juez de la Carta Política de Colombia ha señalado el papel institucional fundamental para el cual fue diseñado el control de la salud (Constitución Política de Colombia, artículos 48, 49), especialmente en los frentes de prestación y financiación, manifestándolo en los siguientes términos⁵¹:

“Cabe agregar que la Superintendencia de Salud, mediante el ejercicio de sus competencias, busca garantizar la protección de un derecho fundamental de carácter esencial para toda persona humana: la salud (...)

A la Superintendencia Nacional de Salud le compete en términos generales, inspeccionar, vigilar y controlar a las personas o entidades públicas y privadas, que prestan el servicio de salud o manejan recursos destinados al servicio de seguridad social en salud, con el fin de que dicho servicio se preste en forma permanente, oportuna, con calidad, eficiencia y eficacia, y que los recursos destinados a la seguridad social se utilicen únicamente con ese destino.”

En relación con el comportamiento racional de los agentes políticos de la salud, también se tienen los problemas de flujo de caja que aquejan a las Entidades Promotoras de Salud EPS (aseguradores) e Instituciones Prestadoras de Salud IPS, debido a las demoras en los reconocimientos y pagos que debe efectuarles el Estado^{52 53}.

4295, proferido dentro del expediente ordinario D-6683 adelantado por la Corte Constitucional. Dicho concepto fue proyectado por el autor del presente trabajo en ejercicio de sus funciones (Decreto 262 de 2001, artículo 8, numeral 1), con base en una demanda presentada contra el Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal 2007 (Ley 1110 de 2006), en lo correspondiente a los ingresos y gastos aprobados para la Superintendencia Nacional de Salud, por considerarse que recursos propios de dicho establecimiento público provenientes de una tasa (Ley 488 de 1998, artículo 98) se estaban destinando a actividades diferentes de su función de control y vigilancia (inversiones en deuda pública nacional), vulnerando así el derecho a la seguridad social y a la salud.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-921 de 2001.

⁵² \$2 BILLONES SUMAN DEUDAS A HOSPITALES. EL PRINCIPAL MOROSO ES EL GOBIERNO. En: EL TIEMPO. Bogotá, 18 de diciembre de 2007. Página 1-8.

⁵³ TODOS CONTRA TODOS, ASÍ FUNCIONA EL SECTOR DE LA SALUD. En: EL TIEMPO. Bogotá, 8 de octubre de 2006. Página 1-17.

5.5. Hasta aquí puede decirse que se trata de fallas de mercado y de gobierno que están comprometiendo negativamente los recursos públicos destinados al financiamiento de la salud y que afectan la equidad del SGSSS (barreras de entrada para el suministro del bien público con el fin de no utilizar o de liberar recursos financieros), eficiencia (fallas de gobierno para asegurar la prestación del servicio a todos los habitantes de Colombia en la forma requerida), universalidad (no expansión de la cobertura), calidad (baja en los servicios e infraestructura), libre escogencia (las EPS son propietarias de la mayoría de las IPS), y la concertación (desenfrenada competencia económica que afecta la viabilidad y calidad del servicio).

Ante esta situación en la cual la racionalidad de los agentes económicos se impone debido a que el Estado no es efectivamente operante como garante, director, regulador, coordinador y controlador del SGSSS, resulta procedente una tercera pregunta:

¿Por qué el Ente Moral no actúa en función de la equidad en el suministro del servicio público de salud como sistema y se comporta racionalmente por acción y omisión?

La explicación más probable radica en que exista una relación indisoluble y parasitaria entre los agentes económicos y políticos del SGSSS que compromete negativamente la equidad de éste en función de los intereses racionales que animan a aquéllos, lo que afecta la universalidad con calidad en el suministro del servicio público para todos los habitantes de Colombia. El sacrificado, en últimas, es el usuario.

Por algo se dice que *“(l)as superintendencias parecen haberse convertido en objetivo de intereses particulares afectados por su acción, y de políticos que tienen una propensión marcada a defender esos intereses”*⁵⁴. Otros llaman a esos fenómenos de relación

⁵⁴ *“Todos conocemos el poder que tienen las grandes empresas y los grupos económicos para gestionar o hacer cabildeo en función de sus intereses; se han conocido, inclusive, casos que limitan con la ilegalidad. Por otra parte, es frecuente el empleo de calificados profesionales que, en su mayoría, han ocupado*

económica y política como la “captura” de las instituciones políticas por parte de los agentes del mercado.

Mientras no se enfrenten en debida forma esos problemas institucionales de relación entre agentes económicos encargados del suministro del servicio público de salud y los agentes políticos que tienen bajo su responsabilidad la administración de la garantía, dirección, regulación, coordinación y control de dicha actividad de mercado, todos los esfuerzos que se hagan para corregir las fallas serán “loablemente” infructuosos, incluidas las decisiones judiciales, las reformas constitucionales y legislativas, y las actuaciones reguladoras.

Para que un sistema económico o un mercado funcione eficientemente se requieren la definición clara de sus objetivos e incentivos con el fin que la conjunción de voluntades de los diferentes agentes pueda actuar en consecuencia, y un poder de coerción como incentivo negativo mayor y de última instancia, pero siempre presente y operante, para que la conducta de los actores económicos se ajuste y mantenga en el orden propuesto.

Un exceso de intervención y de coerción conduce al dirigismo económico y desincentiva la participación en el mercado; la falta de coerción o de claridad en la definición de los objetivos o de los incentivos conduce a la generación de fallas de mercado.

El equilibrio entre la definición y la coerción es el fin del Estado para que la economía y el derecho resulten actuantes en un sistema de mercado, en función del interés general y del bien común, lo cual es un asunto de legitimidad en la medida en que la sociedad acepte el orden económico porque sus miembros se sienten incluidos en él (democracia económica expresada mediante la equidad en la redistribución del ingreso).

importantes cargos en el sector público para ejercer ese cabildeo, que en Colombia no es ilegal ni está reglamentado.”. EL TIEMPO. EDITORIAL. En: EL TIEMPO. Bogotá, 25 de septiembre de 2007. Página 1-16.

Este concepto de intervención reguladora encaminada a corregir fallas de mercado y de gobierno resulta aplicable a la salud como modelo de competencia interna o regulada asumido por Colombia para satisfacer una política pública constitucional a manera de derecho, y de servicio público organizado institucionalmente bajo la concepción de la seguridad social, con fines equitativos expresados en la garantía del acceso al bien público para toda la población bajo las premisas de universalidad con calidad.

Si no se interpreta y aplica en debida forma el concepto de equidad en la intervención del Estado en la economía de la salud (para la demanda, universalidad con calidad; para la oferta, ganancias en un mercado sin fallas), la existencia de ese mercado puede verse seriamente comprometida (deslegitimación contributiva y social), hasta el punto de marchitarse (el Estado lo tendría que asumir como monopolio o se privatiza el bien), escenarios éstos ineficientes para la demanda (inequidad en la redistribución del ingreso), y para la oferta (pérdida del mercado o reducción excesiva del mismo y, por ende, de las expectativas de ganancia).

En la corrección de esas múltiples fallas que aquejan el mercado del suministro del servicio público de la salud y que se hacen evidentes mediante el empleo excesivo de la acción de tutela (lo que, por ende, significaría la disminución de su uso por esta causa), mucho podrá aportar la sociedad en sus diferentes manifestaciones de pensamiento y acción, especialmente la escuela neoinstitucional debido a la comprensión que tiene del papel que juegan las normas en una economía para hacer más eficientes las instituciones en su conjunto y, por tanto, de la cercanía de tal rama del pensamiento económico al mundo jurídico.

Al respecto, teniendo en cuenta que Colombia adoptó un modelo de suministro de la salud basado en la separación de funciones y en la competencia regulada entre las mismas, donde el papel del Estado resulta fundamental en relación con los demás agentes del mercado (aseguradores; prestadores), si se quieren alcanzar la eficiencia y equidad de aquél (universalidad con calidad), deben reafirmarse y madurarse institucionalmente dicha separación y competencia,

especialmente en el rol que cumple el Ente Moral frente al resto de actores en lo correspondiente a la garantía, dirección, regulación, coordinación y control del SGSSS.

Pensando en soluciones institucionales que coadyuven a reacomodar el comportamiento de los agentes económicos en función de la eficiencia y equidad del SGSSS (fin constitucional al cual se comprometen cuando deciden incursionar en el mercado pertinente, lo que incluye la disminución del empleo de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud), al respecto cabe preguntarse:

¿Qué pasaría si se condena en costas y al pago de los gastos en que incurre la justicia, amén de imponerle una sanción pecuniaria ejemplar, a un agente económico cuando sea conminado mediante acción de tutela al suministro de los servicios de salud?

¿Qué devendría si los jueces de tutela ordenan, de manera sistemática, cubrir el servicio médico que ampara el derecho a la salud contra el contrato de la EPS y no contra el FOSYGA u otro dinero público, cuando esto sea procedente, especialmente por interpretaciones contrarias a la buena fe (acomodaticias o amañadas) que hagan de sus obligaciones contractuales los aseguradores y prestadores, en contra de los principios de continuidad y de atención integral con calidad en la prestación del servicio público?

¿Qué sucedería si los agentes políticos tienen que asumir de su propio peculio el pago de los servicios de salud cuando no los cubran oportunamente, sin justificación objetiva válida, a los agentes económicos mediante los recursos públicos destinados a tal fin?

¿Qué ocurriría si la Comisión de Regulación en Salud fuera un ente autónomo compuesto por un número de miembros provistos por los usuarios, igual número de miembros provistos por el Gobierno y los agentes económicos, y un miembro provisto por un gremio independiente y conocedor de la problemática (v.gr. los jueces del país)?

¿Qué devendría si la Superintendencia Nacional de Salud se conformara como un ente autónomo cuyo cargo de superior jerárquico

fuera provisto por los usuarios mediante forma democrática, y con capacidad sancionadora fuerte y expedita?

¿Qué pasaría si estos entes autónomos, a su vez, estuvieran sometidos a fuertes y expeditos controles en el ejercicio de sus funciones, incluidos los ejercidos por los usuarios organizados como sociedad civil?

BIBLIOGRAFÍA

ALBI, Emilio et. al. Economía pública I, fundamentos, presupuesto y gasto. Aspectos macroeconómicos. Barcelona, Editorial Ariel, 2000.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Primera Edición, 2003.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE COLOMBIA. Gacetas Constitucionales. Bogotá, 1991.

AYALA ESPINO, José. Mercado, elección pública e instituciones. México, Facultad de Economía, UNAM, 1996.

ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT. Vocabulario Jurídico. Bogotá, Editorial Temis, 1995.

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos. Servicios públicos domiciliarios. Legislación y jurisprudencia. Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 2003.

BOHÓRQUEZ BOTERO, Luis Fernando y BOHÓRQUEZ BOTERO, Jorge Iván. Diccionario Jurídico Colombiano. Editora Jurídica Nacional, 2003.

CÁRDENAS, Ernesto y OJEDA, Jaír. La Nueva Economía Institucional y la Teoría de la Implementación. En: Revista de Economía Institucional, Vol. 4, No. 6, Primer Semestre de 2002. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

CEPAL. Ensayos sobre el financiamiento de la seguridad social en salud. Los casos de: Estados Unidos, Canadá, Argentina, Chile y Colombia. Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2000.

COMISIÓN MEXICANA SOBRE MACROECONOMÍA Y SALUD.
Macroeconomía y salud. Invertir en salud para el desarrollo económico.
México D.F., Secretaría de Salud de México y Fondo de Cultura
Económica, 2006.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencias ordinarias de
constitucionalidad y de tutela relacionadas con la salud, años 1992-2007.

CUEVAS, Homero. Introducción a la Economía. Bogotá, Universidad
Externado de Colombia, 1993.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. La tutela y el derecho a
la salud. Causas de las tutelas en salud. Bogotá: Imprenta Nacional de
Colombia, 2004. 51 páginas.

------. La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005. Bogotá, 2007.
86 páginas.

EASTMAN, JORGE MARIO. Constitucionalismo Latinoamericano.
Bogotá, Fondo de Publicaciones de la Cámara de Representantes, 1993.

EL ESPECTADOR. Bogotá, semana del 11 al 17 de marzo de 2007.

EL TIEMPO. Bogotá, 8 de octubre de 2006.

------. Bogotá, 25 de septiembre de 2007.

------. Bogotá, 15 de noviembre de 2007.

------. Bogotá, 18 de diciembre de 2007.

FRÍAS OSUNA, Antonio. Salud pública y educación para la salud.
Barcelona, Masson S.A., 2000.

GACETA DEL CONGRESO DE COLOMBIA NÚMERO 500 DE 2001.

GIRALDO BRICEÑO, César. Jueces piden “auxilio” por tutelas en salud.
En: EL TIEMPO. Bogotá, 25 de mayo de 2007.

- GORBANEF, Yuri. Herramientas para la economía institucional. Bogotá. Universidad Javeriana, enero de 2003.
- INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO. Soluciones privadas a problemas públicos. Santiago de Chile. 1991.
- JARAMILLO, Samuel. Ciento veinte años de servicios públicos en Colombia. Bogotá, Cinep, 1995.
- LEY 100 DE 1993
- LEY 691 DE 2001
- LEY 715 DE 2001
- LEY 972 de 2003
- LEY 812 de 2003
- LEY 1122 DE 2007
- LONDOÑO, Juan Luis y FRENK, Julio. Pluralismo Estructurado: Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo. Oficina del Economista Jefe. Documento de Trabajo 353, 1997.
- MARTÍNEZ ÁLVAREZ, José Antonio. Economía del sector público. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2000.
- MESTRE ROSSI, Carlos. El sistema sanitario y la salud. Barcelona, Salvat Editores, 1985.
- MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. Constitución y derechos fundamentales. Madrid, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PENAGOS, Gustavo. Derecho Administrativo. Bogotá, Librería del Profesional. Segunda edición, 2000.
- PERILLA SANTAMARÍA, Sonia y FERNÁNDEZ, Carlos. Médicos sólo recetan si no han llenado cupo que imponen EPS. En: EL TIEMPO. Bogotá, 25 de noviembre de 2007.

- PINDYCK, Robert y RUBINFELD, Daniel. Microeconomía. Prentice Hall. Madrid, 2001.
- PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN DE COLOMBIA. Concepto número 2929, emitido dentro del expediente ordinario de constitucionalidad D-4025, cuya sentencia de la Corte Constitucional de Colombia fue la C-974 de 2002.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Decimonovena Edición. Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 1970.
- SACHS, Jeffrey y LARRAIN, Felipe. Macroeconomía en la economía global. México, Pentrice Hall Hispanoamericana S.A., 1993.
- SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William D. Economía. México, McGraw Hill, décima octava edición, 2005.
- SECRETARÍA DE SALUD DE MÉXICO. Sistema de Protección Social en Salud. Elementos conceptuales, financieros y operativos. México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- SELDON, Arthur y PENNANCE, F. Diccionario de Economía. Barcelona, Ediciones Orbis, 1983.
- UNIVERSIDAD DE MÁLAGA. EUMED.NET. Diccionario de economía y finanzas. <http://www.eumed.net/cursecon/dic/P18.htm>
- UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Diez años del sistema de seguridad social colombiano. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- WIESSNER DURÁN, Eduardo. La efectividad de las políticas públicas en Colombia: un análisis neoinstitucional. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación y Tercer Mundo Editores, 1997.

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Luis Javier Moreno Ortiz.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FUERO MILITAR EN COLOMBIA

Ernesto Lucena Barrero

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Héctor Helí Rojas Jiménez

Bogotá D.C., 6 de abril de 2009

Senador

JAVIER ENRIQUE CÁCERES LEAL

Presidente

Comisión Primera Constitucional

Senado de la República

Ciudad.

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

Señor presidente:

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

1. CONSTITUYENTE ORIGINARIO, Y CONSTITUYENTE DERIVADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente la Corte Constitucional en Sentencia C1153 de 2005 afirmó:

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

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

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

3. OBJECIONES TÉCNICO-LEGISLATIVAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Es oscuro porque:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Eso vuelve inconstitucional e ilegal la propuesta.

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

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

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

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

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

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

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

PROPOSICIÓN

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

Cordialmente,

HÉCTOR HELÍ ROJAS JIMÉNEZ
Senador Ponente

CONVENIO UNIDROIT SOBRE BIENES CULTURALES ROBADOS O EXPORTADOS ILÍCITAMENTE

Fernando Velásquez V.

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

Honorables Magistrados

Corte Constitucional

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

Ciudad

E. S. D.

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

Muy distinguidos Señores Magistrados:

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

I. EL ASUNTO PLANTEADO

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

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

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

II. ALGUNOS NECESARIOS PRECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. REFLEXIONES SOBRE EL ASUNTO DEBATIDO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹ Sobre ello, Sent. C-737 de 2001.

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

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

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

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

¹² Sent. C-863 de 2006.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ Sent. C-204 de 1993.

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

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

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

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

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

¹⁸ Mediante la Sent. C-091 de 2003.

¹⁹ Véase Sent. C-863 de 2006.

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

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

IV. CONCLUSIÓN

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

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

Atentamente,

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Director Departamento de Derecho Penal

EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN EN LA PRÁCTICA DE PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL

Chistian Wolffhügel Gutiérrez

Bogotá, D.C., nueve de septiembre 2009.

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Ciudad
E. S. D.

REFERENCIA: Oficio No. 2231 de 20 de agosto 2009, atinente al expediente D-7832, Leyes 1142 de 2007 y 906 de 2004 Artículos, 17 (parcial), 112, 357, 362, 397, 415, 438, 450 y 454.

Muy distinguidos Señores Magistrados:

Cordial y respetuoso saludo. En relación con la solicitud contenida en el Oficio de la referencia dirigida al Dr. **RODRIGO NOGUERA CALDERÓN**, gustosamente, procedo a emitir el concepto solicitado al tenor de lo señalado en el Artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, a cuyo efecto me ocuparé –en su orden– de cada una de las problemáticas planteadas por el demandante.

I. LOS ASUNTOS PLANTEADOS

A través de escrito sin fecha, el día nueve de julio de 2009 se radicó ante la H. Corte Constitucional una acción pública de inconstitucionalidad en contra de los Artículos 17 (parcial), 112, 357, 362, 397, 415, 438, 450 y 454 de la Ley 906 de 2004, por cuya virtud el petente solicita que “se declare la inexequibilidad de las normas demandadas” (folio 22).

A. DE LOS ARTÍCULOS 17 Y 454 DE LA LEY 906 DE 2004. El tenor de ambos textos es como sigue.

Artículo 17. Concentración. Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, **sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen.** En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto.

Artículo 454. Principio de concentración. La audiencia del juicio oral deberá ser continua **salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión.**

Como se infiere de los apartes subrayados, el demandante entiende que ellos “*violan el Art. 29 Constitucional*” (folio 2); no obstante, un análisis detenido del escrito demuestra que del mismo no se infiere un verdadero ataque que ponga a tambalear la Carta Fundamental.

Al respecto debe decirse lo siguiente: si bien es verdad que el C. P. P. formula, entre otros, como criterio general el apotegma de concentración, no es menos cierto que el legislador establece circunstancias excepcionales por cuya virtud una actuación puede ser suspendida; se trata, como se dijo, de una excepción que demanda un estándar muy particular: ha de tratarse de “*situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa*”. Desde luego, lo deseable es que el juicio oral se lleve a cabo de manera continua, empero el hecho de que éste se pueda excepcionalmente suspender –y no por cualquier causa– en nada contraviene la textura de la Ley de Leyes, máxime si las razones invocadas tocan con aspectos atinentes a la aplicación de la norma.

Es más, recuérdese que la Corte Constitucional, en un asunto que también toca con el principio de concentración –concretamente

el problema de la práctica de la inspección judicial por fuera del recinto de audiencia—, sostuvo:

“Los requisitos que se establecen para que proceda la práctica de una inspección judicial por fuera del recinto circunscriben su incidencia en el principio de concentración a un mínimo. Lo anterior, pues no se trata de un límite que se ha establecido como una regla general sino como una circunstancia excepcional que solo procede cuando no existe otra alternativa para llegar al conocimiento de los hechos que se requiere establecer y estos hechos son indispensables para efectuar el juicio de responsabilidad. Por lo tanto, las normas acusadas no son inconstitucionales por este concepto”¹.

Así, pues, el legislador prevé la existencia de circunstancias que pueden ameritar, razonadamente y de manera excepcional, la suspensión del juicio oral; a la inversa, pretender que de manera infranqueable se surtan juicios orales ante razonables circunstancias que imposibiliten su trámite, no sólo soslaya la realidad sino que, de paso, obliga a los funcionarios judiciales a adelantar causas criminales en un escenario inadecuado.

En fin, en plan de controvertir la pretensión esgrimida por el demandante, todavía cabría objetar que los cuestionamientos de corte práctico que él pone de presente (cfr. folio 3 del expediente) en ningún caso son razones de peso como para, a partir de ellas, edificar un cargo por la posible inconstitucionalidad de los textos atacados. En otra forma expresado: no es con base en supuestas dificultades para la aplicación de una normatividad como, a la hora de hacer una confrontación entre una norma de rango inferior y la Carta, se puede edificar un cuestionamiento por inconstitucionalidad. La Corte, pues, debe declararse inhibida de pronunciarse en relación con los cargos formulados a los Arts. 17 y 454, porque el demandante no estructuró ataques serios y fundados contra los apartes correspondientes de ambas disposiciones, razón por la cual resulta improcedente cualquier examen de fondo en torno suyo.

¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1154/05.

B. DE LOS ARTÍCULOS 112 Y 357 DE LA LEY 906 DE 2004. Ambas normas disponen lo siguiente:

Artículo 112. *Actividad probatoria.* El Ministerio Público podrá solicitar pruebas anticipadas en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos en el artículo 284 del presente código.

Asimismo, podrá solicitar pruebas en el evento contemplado en el último inciso del artículo 357 de este código.

Artículo 357. *Solicitudes probatorias.* Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

Para el petente los apartes subrayados de ambas disposiciones comportan, a no dudarlo, no sólo el quebrantamiento del debido proceso legal sino del principio de igualdad de armas, además enuncia enormes dificultades de orden práctico suscitadas por la posibilidad de que el Ministerio Público –¡apenas un mero interviniente en el proceso penal!– solicite la práctica de pruebas en el preludio del juicio oral.

Para referirse a ese cargo, bien vale la pena –en primer lugar– hacer resaltar lo que ha dicho la propia Corte Constitucional al ocuparse

del principio de igualdad de armas para, a partir de allí, extraer las conclusiones a las que haya lugar:

“En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes”².

Por supuesto, la dificultad que emerge de lo planteado es la atinente a precisar si, en efecto, con la potestad que la Ley le asigna al Ministerio Público se vulnera o no ese tan caro principio. Al respecto, se observa con toda claridad que la solicitud de pruebas en cabeza del representante de dicha agencia –que, recuérdese, no es parte en el proceso– comporta un innegable desequilibrio en el esquema procesal de tendencia acusatoria, adoptado por el constituyente; lo anterior, habida cuenta de que dados los principios informantes de la práctica de pruebas –por ejemplo, el de la pertinencia– cualquier solicitud probatoria de su parte estará dirigida a desequilibrar la balanza a favor y, de contera, en contra de alguna de las verdaderas partes en el proceso penal.

² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-396/07.

Es más, cabe añadir que la prueba cuya práctica solicite el Ministerio Público implicará dar mayor sustento a una de las dos teorías del caso o, lo que es peor aún, podrá dar pie a una tercera cuya urdimbre y trama proviene de un sujeto que es un mero convidado en el proceso. Recuérdese que el Ministerio Público podrá, al tenor del precepto demandado, solicitar la *“prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”*, por lo cual se deberá tratar –ni más ni menos– de un instrumento de cognición que tenga esencial influencia en los resultados del juicio lo que, sin duda, se traduce en soportar y, a la vez, desvirtuar una de las teorías del caso.

Pero, en segundo lugar, no son sólo dificultades de orden teórico como las mostradas –de las cuales se infiere que **el legislador al expedir la Ley 906 de 2004 ideó una estructura del proceso penal que difiere de la diseñada por el constituyente**– sino, también, insalvables obstáculos prácticos los que llevan a clamar por la necesaria exclusión de esta potestad probatoria en cabeza del llamado agente del Ministerio Público.

En efecto, de un lado, la ley procesal penal es clara al señalar que *“...el juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa”*³, sin que por ningún lado se mencione la prueba del Ministerio Público que, después de todo, no es parte en el proceso penal; por ello, cabe preguntar: ¿dónde se ubica la prueba solicitada por el Ministerio Público, en las que ofreció la Fiscalía o en las esgrimidas por la Defensa, o se trata de un tercer momento probatorio?

Así mismo, de otro lado, las dificultades también se observan en otros frentes: de cara a la prueba testimonial, el Art. 391 del C.P.P. establece que *“Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, **en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba.** Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos*

³ Cfr. Art. 362 C.P.P.

principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante” (resaltado fuera del texto). Así las cosas, si el Ministerio Público que no es parte a la luz del modelo de tendencia acusatoria diseñado, es quien ofrece la prueba, cabe preguntar cuál va a ser su papel en este entramado; en otros términos: ¿Quién ha de preparar al testigo? ¿Quién debe adelantar el interrogatorio? ¿Quién es el llamado a acreditar al testigo? Por supuesto, si el Ministerio Público es el que lo hace se estaría arrogando facultades que sólo le competen a quien sea parte, no a un simple interviniente.

Es más, cabe preguntar qué ocurre en relación con el contrainterrogatorio; al respecto, recuérdese, el C.P.P. establece que “...*si lo desea, **la parte distinta a quien solicitó el testimonio**, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo”* (resaltado fuera del texto). A este respecto, en primer lugar, bien vale la pena preguntar: ¿cuál es “la parte distinta” a que hace alusión el legislador: la Fiscalía o la Defensa, o, acaso, el Ministerio Público podrá ubicarse en el mismo lado del tinglado? Por consiguiente, cabe de nuevo indagar: ¿quién es el encargado de llevar a cabo el contrainterrogatorio en estos casos –pieza y destreza fundamental en el paradigma de tendencia acusatoria–?

En esa misma línea de razonamiento, también cabe indagar ¿quién puede impugnar la credibilidad del testigo⁴? En otras palabras: ¿a quién le compete formular las objeciones frente a las preguntas confusas o capciosas que haga el Ministerio Público en su interrogatorio o, para plantear otra hipótesis, será que ese convidado al proceso podrá preguntar sin atender a los postulados sobre la materia⁵?

Los anteriores son, Honorables Magistrados, apenas algunos de los problemas que la materia debatida plantea y a partir de los cuales se puede concluir que el panorama en este ámbito es bastante sombrío. Con todo, es preciso advertir que si la prueba solicitada por el

⁴ Cfr. Art. 403 C.P.P.

⁵ Cfr. Art. 392 C.P.P.

Ministerio Público es pericial –amén de los anteriores e insalvables tropiezos, toda vez que “...*al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio*”⁶– se debe observar la siguiente regla: el Art. 413 del C. P. P. establece que “(l)as partes podrán presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a interrogatorio en el juicio oral y público, acompañando certificación que acredite la idoneidad del perito” (resaltado fuera del texto). Desde luego, en este entramado es claro – como tantas veces se ha dicho– que el Ministerio Público no es parte; sin embargo, cabe preguntar: ¿si él solicita la práctica de una prueba pericial, deberá presentar el informe del perito de su confianza (¿?), acompañado del certificado de idoneidad?

Finalmente, téngase en cuenta que, si se trata de un instrumento de cognición documental, el Ministerio Público tiene que solicitar, además, como prueba el testigo de acreditación con el cual va a introducir dicho instrumento de cognición en curso del juicio oral; también, puede suceder que él quiera llevar a juicio una evidencia física, lo cual requiere testigos de acreditación para su incorporación en la vista pública, todo lo cual obliga a que ese Agente del Ministerio Público deba contar con un cuerpo de investigadores, con los cuales pueda introducirla en el juicio. Esta última hipótesis, Honorables Magistrados, tiene pleno asidero en la realidad habida cuenta de que la norma permite la solicitud de prueba “*que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio*” y, por ende, no se puede descartar de tajo la posibilidad de que se trate de una evidencia física.

Llegados a este punto de la reflexión cabe señalar como son múltiples los escollos que imposibilitan, *ab initio*, al Ministerio Público ejercer la facultad de solicitar la práctica de pruebas, todos ellos sustentados en una misma realidad: **el Ministerio Público no es ni puede ser parte dentro de la actuación procesal diseñada por el constituyente**, por lo cual no se le pueden otorgar prerrogativas exclusivas de las partes, así se quiera –como con profunda ligereza se ha dicho– implantar un sistema acusatorio “a la colombiana”.

⁶ Cfr. Art. 405 C.P.P.

Esta conclusión se hace más evidente cuando se piensa que esa potestad legal no encuentra ningún amparo en la Carta Fundamental (cfr. Art. 277) todo lo cual, por supuesto, hace que la totalidad del tenor de las disposiciones cuestionadas por el demandante –y no sólo los apartes por él objetados– aparezcan en pugna abierta con la Carta Fundamental que, ni por asomo, soporta el diseño procesal empotrado por el legislador de 2004. Dígase una vez más: Los Arts. 112 y 357, en su totalidad, son contrarios a la Constitución en cuanto posibilitan una estructura del proceso que no es la diseñada por la Ley de Leyes y, así lo debería declarar la Corte al extender a los dos textos en su integridad el pronunciamiento de inconstitucionalidad.

C. DEL ARTÍCULO 245 DE LA LEY 906 DE 2004. El texto cuestionado es de este tenor:

ARTÍCULO 245. EXÁMENES DE ADN QUE INVOLUCREN AL INDICIADO O AL IMPUTADO. Cuando la policía judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, se requerirá orden expresa del fiscal que dirige la investigación.

<Inciso CONDICIONALMENTE exigible> Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal y material.

Mirada la demanda, se constata, Honorables Magistrados, que el problema jurídico planteado consiste en determinar si el “*cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos*”, como dice la ley, requiere o no un control judicial *ex ante* so pena de quebrantar el debido proceso, el derecho a la

intimidad y el canon 250 de la C.N o sí, por el contrario, tal y como lo prevé la norma objeto de ataque, es constitucionalmente admisible el control judicial *ex post* por parte del Juez de Control de Garantías.

Al respecto y antes de discurrir en torno a la dinámica que el problema suscita, es menester recordar que el inciso 2° de la disposición cuestionada ya fue objeto de una anterior acción pública de inconstitucionalidad y, en consecuencia, fue declarado condicionalmente exequible mediante la Sentencia C-025-09, “...*siempre que se entienda que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita*”.

No obstante, debe recordarse que el problema jurídico que otrora resolvió la Corte giró en torno a referentes muy distintos de los que hoy convidan nuestra atención; en efecto, en la sentencia mencionada el asunto debatido consistió en determinar si se vulneraban o no los derechos a la defensa, a la igualdad y al debido proceso penal, consagrados en la Constitución Política y en los tratados de derechos humanos, cuando no se le permite al indiciado y a su defensor participar en la audiencia de revisión de legalidad de las diligencias. Esta problemática, por supuesto, en nada se parece a la que se plantea por parte del demandante.

Así las cosas, amén de las precisiones anteriores, también es necesario recordar que, sobre el derecho a la intimidad en el proceso penal, la Corte Constitucional ha señalado con claridad lo siguiente:

“El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal. **El**

requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas –adicionales– que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el legislador debe acatar al configurar las reglas orientadas a regular la actividad investigativa del Estado. Al establecer, en las normas impugnadas, la facultad para el órgano de investigación de acceder a información confidencial, reservada a la esfera personal del individuo, sin que medie la autorización judicial previa, está estableciendo una interferencia indebida en el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad, que resulta efectivamente transgresora del Artículo 14 C.P., así como del 250.3 ib. que establece los presupuestos bajo los cuales el Estado, en legítimo ejercicio de su potestad investigativa, puede realizar intervenciones en los derechos fundamentales⁷⁷.

Así las cosas, si se entiende, como lo hace la Honorable Corte Constitucional, que la información genética del indiciado o imputado que reposa en bancos de esperma y de sangre, así como las muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, hace parte de su esfera íntima, por añadidura se debe señalar que el cotejo de los mismos debe estar precedido de un control judicial. En conclusión: con base en los razonamientos precedentes es competente entender que para adelantar el “...cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos”, **necesariamente se requiere ORDEN JUDICIAL PREVIA por tratarse de información reservada a la esfera personal del individuo.** Dicho de otra forma: de no entenderse la disposición en dicho sentido ella devendría contraria a la Carta Fundamental.

D. DE LOS ARTÍCULOS 362 Y 397 DE LA LEY 906 DE 2004. Las dos disposiciones señalan:

ARTÍCULO 362. DECISIÓN SOBRE EL ORDEN DE LA PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA. **El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba.** En todo caso, la

⁷⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-336/07.

prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía.

ARTÍCULO 397. INTERROGATORIO POR EL JUEZ. Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. **Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso.**

En relación con el primero de los artículos transcritos, es claro que el eje de discusión se concreta en la supuesta vulneración del principio de imparcialidad, al atribuir al juez la facultad de decidir el orden de presentación de la prueba y la posibilidad de hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso.

En este punto debe decirse, de entrada, que no se evidencia ninguna vulneración al apotegma de imparcialidad; si bien el juez en el actual modelo procesal ostenta una postura pasiva, ello no quiere decir que se le hayan coartado todas las prerrogativas que como rector del proceso le competen. Así, entonces, la facultad de establecer el orden de práctica de la prueba para nada incide en la imparcialidad de un juez; dicho de otra forma: el juez debe dar agilidad, orden y coherencia al proceso penal y para cumplir esos cometidos el legislador le atribuye competencias y funciones que, como ésta, distan en gran proporción de quebrantar su imparcialidad. También es claro que nada impide, y así se estila, que las partes sugieran al juez el orden de presentación de la prueba y éste acceda a dichas peticiones.

Análogamente, cabe afirmar que la potestad dada al juez por el Artículo 397 –que, por algo, se intitula como “INTERROGATORIO POR EL JUEZ”– de hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso, no atenta contra la imparcialidad en la medida en que se trate de interrogantes complementarios. Desde luego, lo que no puede ocurrir –y ello no es problema de la norma sino de la mala práctica–, es que el juzgador se convierta en un

interrogador compulsivo y, por esta vía, termine asumiendo la postura de una de las partes en contravía de la necesaria ponderación y el equilibrio procesal; en estos eventos, desde luego, se debe acudir a los remedios procesales que la ley prevé.

De todas maneras, debe quedar muy en claro que la posibilidad de hacer preguntas es residual por tratarse de interrogantes **complementarios** y que su finalidad está limitada por el **cabal entendimiento** del asunto y no de la demostración de una u otra teoría del caso. Si el juez desborda estos diques que la norma prevé, afecta irremediablemente la imparcialidad que es sin duda su única compañera.

Ahora bien, en el entendido de que el Ministerio Público es un sujeto que, como tantas veces se ha dicho, no tiene la calidad de parte y que la propia Constitución no le ha dado la posibilidad de intervenir en la práctica de las pruebas –¡pues esa potestad se deriva de una inconsulta invención del legislador!– porque con ello se desvertebra el esquema constitucional del proceso penal como tantas veces se ha advertido a lo largo de este escrito, parece evidente que el apartado de la norma demandada en cuanto le posibilita a ese interviniente **“hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso”**, deviene claramente inconstitucional.

E. DEL ARTÍCULO 415 DE LA LEY 906 DE 2004. Señala la disposición:

ARTÍCULO 415. BASE DE LA OPINIÓN PERICIAL.
Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes **al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba.**

Dice el demandante que: *“...la norma anterior viola claramente el art. 29 Constitucional, al propiciar que el ente acusador no haga descubrimiento de la prueba dentro de la oportunidad procesal”*

(folio 18). Al respecto, es menester advertir que el aparte resaltado no quebranta la C.N. como se aduce.

En efecto, en primer lugar, porque la obligación de entregar el informe –base de la opinión pericial– es un acto que le compete tanto a la Fiscalía como a la Defensa en los casos en que una de ellas solicite la práctica de una prueba pericial y no, como erradamente afirma el demandante, que solo le corresponda al ente acusador. Así mismo, en segundo lugar, debe recordarse que se trata de un acto posterior al descubrimiento probatorio –que se presenta en la audiencia de acusación o en la preparatoria–, habida cuenta de que en dicho estanco procesal la Fiscalía y la Defensa establecen, en términos de descubrimiento, las pruebas que van a hacer valer, de donde se colige que si se solicita la práctica de una prueba pericial en dicha audiencia es porque las partes conocen de la misma.

Además, en tercer lugar, la base de la opinión pericial es un acto posterior al descubrimiento y anterior al juicio oral que debe ser llevado a cabo para que la prueba pericial sea válida y se garantice, de paso, la plena contradicción en el debate probatorio.

Por lo dicho, pues, la norma se ajusta de forma cabal a la Constitución.

F. DEL ARTÍCULO 438 DE LA LEY 906 DE 2004. Dispone el texto lo siguiente:

ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o **evento similar**; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido.

El centro de discusión planteada por el petente gravita, en este caso, en torno a la expresión subrayada y resaltada: “*evento similar*” que, a su juicio, “*rompe el debido proceso penal*” (folio 20).

En este contexto se debe decir que la norma en su aparte resaltado no comporta vulneración alguna al Texto Superior; a la inversa, lo que se evidencia en relación con ella y que, infortunadamente, no ha sido el camino elegido por el demandante, es alguna errada interpretación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [al respecto, es el propio demandante quien reseña esas decisiones en el folio 20 párrafo 2], construcción académica que –por supuesto– es susceptible de ser demandada como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En otras palabras: lo que es contrario a la Carta es la errada interpretación que se ha hecho del texto no el tenor literal mismo, por ello como no hay una verdadera formulación del cargo la Corte se debe declarar inhibida.

G. DEL ARTÍCULO 450 DE LA LEY 906 DE 2004. El tenor literal es el siguiente:

ARTÍCULO 450. ACUSADO NO PRIVADO DE LA LIBERTAD. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad **hasta el momento de dictar sentencia.**

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librárá inmediatamente la orden de encarcelamiento.

A juicio del demandante el mentado precepto “...*viola el art. 29 Constitucional del debido proceso penal, al art. 28, art. 31*” (folio 21). Al respecto, conviene decir que los apartes demandados sí vulneran la Constitución, por lo siguiente:

En primer lugar, si bien la orden de privar de la libertad es una decisión posterior a la emisión del sentido del fallo, también es cierto que **la presunción de inocencia** (cfr. Arts. 29 inc. 4º de la Const. y 7 del C. de P. P.) todavía no ha sido desvirtuada en su totalidad, por lo que mal hace el legislador al disponer que, sin que medie sentencia en firme, se prive de la libertad. Es más, repárese, sólo se trata del sentido del fallo ni siquiera de la emisión de la sentencia misma, con lo cual se cae en un verdadero prejuizamiento que es constitucionalmente inadmisibles.

Así mismo, en segundo lugar, no debe olvidarse que dentro del diseño contenido en la Constitución (Art. 28) y en las normas rectoras de la Ley 906 de 2004 (Art. 2°), el *principio de libertad* es la columna vertebral del esquema de juzgamiento, por eso los apartes transcritos atentan contra ese postulado. En fin, parece atinada la demanda cuando afirma de forma tajante que **“Esa privación de la libertad debe ser en este estado procesal la de una decisión en firme que permita la restricción de la libertad, esto es (sic) que la sentencia que se profiera sea de condena y se encuentre debidamente en firme...”** (folio 22).

Es más, prueba de que lo dicho hasta ahora es cierto desde la perspectiva constitucional es el hecho de que en el inciso final de la norma el legislador, plenamente consciente del respeto a los dos principios acabados de mencionar –y, por supuesto, apoyado en el principio de proporcionalidad– señala: “Si la detención **es necesaria**, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”. Al respecto, se debe decir que si la persona se encuentra en libertad es, precisamente, porque de conformidad con las normas plasmadas en la Ley 906 su detención –¡valga la redundancia!– no es necesaria, no se requiere, en los términos en los que lo demanda el test de razonabilidad.

En fin, también parece evidente que la orden de captura se debe expedir para hacer efectiva la pena y no para cometidos meramente procesales como también lo señala el petente.

II. CONCLUSIONES

En relación con los segmentos normativos demandados, es del caso afirmar lo siguiente:

1. Como los apartes contenidos en los Artículos 17 y 454 de la Ley 906 de 2004 no han sido objeto de un verdadero ataque, la Corte debe declararse **INHIBIDA** para resolver de fondo sobre el asunto;

2. Los segmentos demandados contenidos en los Artículos 112 *“Asimismo, podrá solicitar pruebas en el evento contemplado en el último inciso del artículo 357 de este código”* y 357 *“Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”* de la Ley 906 de 2004, deben ser declarados inexecutable por las razones expuestas; es más, ese pronunciamiento se debe extender a todo el texto de los dos artículos pues ambos empotran en la Ley una estructura del proceso que no es la acogida por el constituyente.
3. El aparte cuestionado contenido en el inciso 2º del Artículo 245 de la Ley 906 de 2004 debe ser declarado **condicionalmente executable**, en el entendido de que para que se adelante cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, se deberá contar con la autorización previa por parte del juez de control de garantías.
4. Los apartes objetados contenidos en el Artículo 362 de la Ley 906 de 2004, deben ser declarados executable; el Artículo 397 cuestionado, por el contrario, debe ser declarado inexecutable pero sólo en cuanto le da la potestad al Ministerio Público de interrogar o contrainterrogar, debiendo excluirse por inconstitucionales los siguientes apartes subrayados: *“Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez **y el Ministerio Público** podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso”*.
5. Los segmentos demandados contenidos en el Artículo 415 de la Ley 906 de 2004, deben ser declarados executable.
6. En relación con los apartes impugnados contenidos en el Artículo 438 de la Ley 906 de 2004 que, como se dijo, no han sido objeto de un verdadero ataque, la Corte debe declararse **INHIBIDA** para resolver de fondo sobre el asunto.

7. Las expresiones cuestionadas contenidas en el Artículo 450 de la Ley 906 de 2004, deben ser declaradas inexecutable por ser claramente contrarias a la Carta Fundamental.

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

Atentamente,

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ

Investigador adscrito al Departamento de Derecho Penal,
Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas
“Emiro Sandoval Huertas”.