

# Boletín Nº 23

del  
**Instituto de Estudios  
Constitucionales**  
Escuela de Derecho

**DIRECTOR: LUIS JAVIER MORENO ORTIZ**

---

**REQUISITOS PARA SER MIEMBRO DE LA COMISIÓN  
DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES**

*Julieta Arenas Ceballos*

**PUBLICIDAD Y PROMOCIÓN DEL TABACO**

*Ediw Tachlian*

**DE LA INVESTIGACIÓN Y EL JUZGAMIENTO  
DE LOS CONGRESISTAS**

*Carlos E. Lozano Martínez*

**LA JUSTICIA REAL**

*Ernesto Lucena Barrero*

---



**UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA**

**UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA**

Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales

**REQUISITOS PARA SER MIEMBRO DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN  
DE COMUNICACIONES**

© *Julieta Arenas Ceballos*

**PUBLICIDAD Y PROMOCIÓN DEL TABACO**

© *Ediw Tachlian*

**DE LA INVESTIGACIÓN  
Y EL JUZGAMIENTO DE LOS CONGRESISTAS**

© *Carlos E. Lozano Martínez*

**LA JUSTICIA REAL**

© *Ernesto Lucena Barrero*

Primera edición: julio 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](http://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

*No hace falta decir que, tras haber fracasado en aprender a dibujar y a pintar, me lancé alegremente a criticar los puntos más débiles de Rubens o el mal encauzado genio de Tintoretto. Había descubierto la profesión más fácil de todas y la he seguido desde entonces.*

*G. K. Chesterton*



# CONTENIDO

## **REQUISITOS PARA SER MIEMBRO DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES**

© *Julieta Arenas Ceballos*..... 7

## **PUBLICIDAD Y PROMOCIÓN DEL TABACO**

© *Ediw Tachlian*..... 21

## **DE LA INVESTIGACIÓN Y EL JUZGAMIENTO DE LOS CONGRESISTAS**

*Carlos E. Lozano Martínez*..... 37

## **LA JUSTICIA REAL**

*Ernesto Lucena Barrero*..... 67



# REQUISITOS PARA SER MIEMBRO DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

*Julieta Arenas Ceballos*

Honorable  
Corte Constitucional  
Magistrado Ponente  
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO  
E. S. D.

Ref.: Expediente D-8082. Ley 1341, artículo 20 inciso 3 (parcial).

La suscrita, comisionada por el Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, en cumplimiento de lo dispuesto por ese despacho en auto del 30 de abril de 2010, se permite emitir opinión en el asunto de la referencia. Para cumplir tal cometido se desarrollará la siguiente agenda: síntesis de la norma demandada y de las razones de la demanda; determinación del problema jurídico a resolver; decisiones pendientes; análisis de las normas constitucionales que se señalan como vulneradas a la luz de la doctrina constitucional; y conclusión.

## LA DEMANDA Y SUS RAZONES

El ciudadano Henry Tapiero Jiménez, demanda la inconstitucionalidad parcial del inciso tercero del artículo 20 de la Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. El ataque se centra en la expresión:

“y maestría o doctorado afines” contenida en el inciso tercero del citado artículo.

El actor argumenta que el Congreso de la República al expedir la Ley 1341 de 2009, en particular la expresión del artículo 20 arriba reseñado, infringe los artículos 1, 13, 25, 26 y 40 de la Carta Política y además, lo hace en abierto desbordamiento de las funciones que la Constitución Política le confiere en su artículo 150 numeral 23. Esta disposición y en particular, la facultad con que la norma acusada viola la facultad de expedir leyes para el ejercicio de la función pública, -en la medida que la doctrina constitucional señala la libertad de configuración legislativa en cabeza del Congreso de la República-, no es absoluta y, debe enmarcarse dentro de los límites del respeto a las libertades y derechos fundamentales y, con acatamiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Considera el actor, que cuando la norma demandada señala entre los requisitos exigibles al profesional que aspira a ocupar el cargo de Comisionado de la Comisión de Regulación de Comunicaciones-CRC-, el de acreditar el *título de maestría o doctorado afines*, se está imponiendo una limitación y discriminación injustificada al principio de participación de todos los ciudadanos en el ejercicio de la democracia y los derechos políticos, vulnerando también el derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 del ordenamiento constitucional, pues la medida impone a los particulares, no un requisito, sino una restricción para acceder a una de las pocas fuentes de trabajo que es el ejercicio de un cargo público; además, que dichos títulos no son de fácil acceso para todos los particulares en general; lo anterior igualmente viola el artículo 26 de la carta política, al exigir un requisito exagerado, restrictivo y discriminatorio que vulnera el ejercicio del derecho de todas las personas a elegir su profesión u oficio.

Como consecuencia de lo anterior, considera el actor, que se viola el derecho fundamental de la igualdad de todas las personas previsto en el artículo 13 de la Constitución, pues impone un trato discriminatorio, ya que dicho requisito de *maestría o doctorado afines*, lo tendría un sector exclusivo y minoritario de profesionales, sin considerar

la experiencia de otras personas en el tema, aun sin tener título de maestría o doctorado. Para reforzar su discurso, cita algunas sentencias donde se establece la metodología a tener en cuenta para determinar si un trato diferencial a ciertos particulares sobre otros, resulta legítimo a la luz de las normas y principios constitucionales, como las sentencias T-568/98, C-445/95;C-20/96; y C-481/98, y concluye que aplicando el test de igualdad al caso en estudio, el requisito de *título de maestría o doctorado afines* para el desempeño del cargo de Comisionado de la CRC, es un condicionamiento que si busca un objetivo constitucionalmente válido, como sería el interés general, no resulta idóneo, ni necesario, ni único, pues no hay razón para pensar que solamente aquellas personas que cuenten con estos altos títulos profesionales pueden desempeñarse de manera idónea en este cargo de Comisionado, con exclusión del universo de profesionales con experiencia altamente calificada en temas relacionados con las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Por último, al exponer el concepto de violación del artículo 40 de la Carta Política, lo hace conjuntamente con el de violación del artículo 150 numeral 23 de la Constitución, que sería el aparente conflicto entre la libertad de configuración legislativa del Congreso de la República para regular el ejercicio de las funciones públicas y, por otro lado, el derecho fundamental de todas las personas de acceder al desempeño de cargos públicos, señalando, como forma de resolver la aparente inconstitucionalidad de la norma en comento, la aplicación de los test de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, a efectos de determinar si el trato discriminatorio según su consideración, establecido por el legislador en el presente caso, resulta ajustado o no, a la Constitución.

Concluye el demandante que carece de sentido pretender afirmar que el único medio para que la CRC cumpla sus funciones de manera eficaz y eficiente, es que los señores comisionados tengan *maestría o doctorado afines*, además de su título profesional y experiencia; si se tiene además en cuenta que los mismos desarrollan sus funciones con un equipo de trabajo especializado, con base en estudios, asesores y consultores externos como ocurre en la práctica.

## EL PROBLEMA JURÍDICO

Si la norma demandada señala entre otros, como requisitos para ocupar el cargo de Comisionado de Regulación de Comunicaciones, el de tener *título de maestría o doctorado afines*, el problema jurídico sería ¿Si el Congreso de la República al establecer como requisito para ejercer el cargo de Comisionado de Regulación de Telecomunicaciones -entre otros- el de tener estudios superiores de “*y maestría o doctorado afines*”, viola el derecho a elegir profesión u oficio, el derecho al trabajo, el derecho al acceso a cargos públicos y el derecho a la igualdad? La hipótesis del actor es que sí, porque se estaría desbordando la norma general de competencia establecida en el artículo 150 numeral 23, que ocasiona la violación de los artículos 40, 1, 13, 25 y 26 de la Constitución Política.

## DECISIONES PENDIENTES

Es importante advertir, que al tratarse de una norma reciente, sólo hasta ahora la Corte Constitucional tiene un solo registro de proyecto de fallo dentro del expediente D-7907, en el que entre otras normas de la Ley 1341 de 2009, demanda en su integridad el artículo 20.

## ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

Al señalar el inciso 3 del artículo 20 de la Ley 1341 de 2009, los requisitos que debe tener una persona que pretenda ejercer el cargo de comisionado de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, como, entre otros, el título de *Maestría o Doctorado afines*, desarrolló la potestad normativa otorgada por la propia Constitución en su artículo 26, que permite que la ley exija títulos de idoneidad, sin que esto signifique la violación de derechos como la libertad de escoger y ejercer profesión u oficio, el derecho al trabajo o, el derecho a la igualdad para acceder a cargos públicos, este último en ejercicio del control político previsto en el artículo 40 de la Constitución Política.

El artículo 150 numeral 23 de la Carta Política, al señalar una cláusula general de competencia del Congreso de la República,

referente a la expedición de las leyes que regirán el ejercicio de la función pública, otorga constitucionalmente la potestad de configuración legislativa en el acceso a la función pública, en donde la misma Corte Constitucional ha enfatizado en que, al señalar los requisitos de acceso a los cargos públicos, tiene como presupuesto el respeto a los derechos, principios y valores reconocidos por la Constitución y el ejercicio razonable y proporcionado de esta potestad de configuración.

Lo anterior se sustenta en la doctrina constitucional que, respecto del derecho a escoger profesión y oficio y de los límites a la facultad del legislador para regularlo, se encuentra recogido en la sentencia que en su parte pertinente se cita a continuación:

Sentencia de la Corte Constitucional C-149 de 2009:

(...)

“4.1. Cabe destacar, inicialmente, que el derecho subjetivo a escoger profesión y oficio aparece consagrado en el artículo 26 de la Constitución Política, el cual se ocupa a la vez de establecer las bases jurídicas para su ejercicio y desarrollo.

Del contenido de la citada disposición, la jurisprudencia constitucional ha identificado los aspectos de que se ocupa, señalando que en ella: (i) se proclama el derecho fundamental de toda persona a escoger libremente profesión u oficio; (ii) se le asigna al legislador la potestad para exigir títulos de idoneidad; (iii) se les otorga a “*las autoridades competentes*” la función de inspección y vigilancia sobre el ejercicio de las profesiones con la precisión de que las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica, son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social; (iv) se establece la reserva de ley respecto de las normas básicas conforme a las cuales se lleve a cabo la función de inspección y vigilancia sobre las profesiones;<sup>1</sup> (v) se contempla la posibilidad de que las profesiones legalmente reconocidas puedan organizarse en Colegios cuya estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos<sup>2</sup>; y (vi) se faculta al legislador para asignarles a las

---

<sup>1</sup> Sobre el tema, se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-177 de 1993, C-964 de 1999, C-012 de 2000 y C-340 de 2006.

<sup>2</sup> Ver sentencia C-946 de 1999

profesiones que se organicen en Colegios el ejercicio de funciones públicas y para establecer sobre ellos los debidos controles<sup>3</sup>.

4.2. La Corte ha explicado que el derecho fundamental a escoger profesión y oficio se inscribe en el ámbito de las libertades individuales y goza de una especial protección constitucional, en razón a su íntima relación con derechos del mismo rango como la igualdad de oportunidades (C.P. arts. 13 y 53), el libre desarrollo de la personalidad (C.P. art. 16), la libertad de aprendizaje e investigación (C.P. art. 27) y, particularmente, con el derecho al trabajo del cual es además una derivación directa (C.P. art. 25).

También ha precisado la Corporación que el precitado derecho goza de una doble dimensión jurídica, en el sentido de que el mismo se proyecta no solo respecto a la libertad de escoger profesión u oficio, sino también frente a la libertad para ejercer la profesión escogida o el oficio elegido. Ha explicado la Corte<sup>4</sup> que mientras el primer ámbito de libertad, el de *escoger profesión y oficio*, “es un acto de voluntariedad, prácticamente inmune a la injerencia estatal o particular, cuyo límite es la elección entre lo legalmente factible”<sup>5</sup>, el segundo, el *ejercicio de la libertad profesional*, “es una faceta susceptible de mayor restricción, como quiera que involucra al individuo en la esfera de los derechos de los demás y el interés social, por lo que incluso puede estar sometido a la realización de servicios sociales obligatorios”.<sup>6</sup>

4.3. Frente al ejercicio del derecho a escoger profesión y oficio, la jurisprudencia ha destacado que el mismo no tiene un carácter absoluto, “no solo por el hecho de que a su ejercicio concurren distintas variables de naturaleza política y social, sino además, porque la Constitución no patrocina ni incentiva un desempeño de las profesiones y oficios despojados de toda vinculación o nexo con los deberes y obligaciones que su ejercicio comporta”<sup>7</sup>.

A este respecto, ha expuesto que todos los derechos, y dentro de ellos el derecho a escoger profesión y oficio, cuentan con límites intrínsecos, emanados de la esencia finita del mismo objeto jurídico protegido -el derecho-, y límites extrínsecos, que son aquellos

---

<sup>3</sup> Cfr. Sentencia C- 482 de 2002.

<sup>4</sup> En relación con este tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-408 de 1992, T-610 de 1992, C-540 de 1993, C-377 de 1994, C-619 de 1996 y C-031 de 1999.

<sup>5</sup> Sentencia C-031 de 1999.

<sup>6</sup> Sentencia *ibídem*.

<sup>7</sup> Sentencia C-393 de 2006.

impuestos por el propio ordenamiento jurídico -la Constitución y las leyes-, y que se dirigen a “garantizar la vigencia de otros valores e intereses igualmente relevantes, como pueden ser los derechos ajenos, el orden público, el bien común y el deber correlativo al ejercicio de cada derecho”<sup>8</sup>.

4.4. Como ya se mencionó, el artículo 26 de la Constitución Política establece límites extrínsecos al derecho a escoger profesión y oficio, facultando al legislador para intervenir en su ejercicio y asignándoles a las autoridades competentes la función de inspección y vigilancia respecto de tales actividades. La competencia del Congreso en esta materia se concreta en la posibilidad de expedir las normas sobre: (i) la identificación y reconocimiento de las profesiones; (ii) la exigencia de títulos de idoneidad; (iii) los requisitos de formación académica; (iv) la definición de las ocupaciones y oficios que, aun sin necesitar formación académica, generan riesgo social y requieren un mayor grado de injerencia estatal; y, en general, (v) el régimen jurídico que aplica al desempeño de las profesiones, dentro del cual deben incluirse, además de los principios y pautas generales y específicas, las faltas contra la ética en que puedan incurrir sus destinatarios y, correlativamente, las sanciones que cabe imponer.

Tomando como referente tales competencias, esta Corporación viene afirmando que la protección constitucional del derecho a escoger profesión y oficio debe ser evaluada desde dos perspectivas distintas pero concurrentes<sup>9</sup>. La primera, a partir de reconocer la libertad de configuración política que tiene el legislador para intervenir el derecho y hacerlo compatible con los demás valores constitucionales y con el interés general; y la segunda, bajo la consideración de que cualquier restricción o limitación a su ejercicio por parte del legislador, “debe estar debidamente justificada y amparada en un principio razón suficiente, sin que resulte constitucionalmente admisible la expedición de una normatividad orientada a hacer nugatorio el precitado derecho, o lo que es igual, dirigida a afectar su núcleo esencial”<sup>10</sup>.

En efecto, tal y como sucede de ordinario cuando se está en presencia de la restricción de un derecho fundamental, la potestad reguladora del legislador para fijar requisitos y limitaciones, en

---

<sup>8</sup> Sentencia *ibidem*. Al respecto se pueden consultar también las Sentencias C-606 de 1992, T-525 de 1994, T-047 de 1995 y C-964 de 1999.

<sup>9</sup> Ver las Sentencias C-505 de 2001, C-038 de 2003, C-191 de 2005 y C-393 de 2006.

<sup>10</sup> Sentencia C-393 de 2006.

este caso a las profesiones y oficios, no es tampoco ilimitada y, por tanto, siempre debe estar amparada en profundas razones de orden y seguridad sociales. El punto ha sido tratado de manera especial por la jurisprudencia constitucional, que se ha encargado de señalar los criterios a que debe sujetarse la ley para regular las mencionadas restricciones. Como regla general, la Corte ha dicho que “el legislador debe imponer los requisitos estrictamente necesarios para proteger el interés general, toda vez que el ejercicio de una profesión u oficio debe permitir el mayor ámbito de libertad posible, para que en su interior se pueda dar un desarrollo espontáneo de la personalidad, en congruencia con el principio de la dignidad humana”. En este sentido, la actividad regulatoria del legislador en la materia, debe estar dirigida a aquellos aspectos que no sea posible dejar de reglamentar, con el fin de lograr una armonización entre la protección del interés social y el derecho subjetivo de quien desea poner en práctica sus conocimientos.

***4.5. Tratándose de la facultad legislativa para exigir títulos de idoneidad, que interesa a esta causa, la jurisprudencia ha expresado que ella refiere “no tanto al derecho a escoger profesión u oficio, como al derecho de ejercer la actividad elegida”<sup>11</sup>. A juicio de la Corte, la aludida competencia se predica más de aquella dimensión jurídica del derecho referida a la libertad para ejercer la profesión escogida o el oficio elegido, que de aquella otra dimensión relacionada con la libertad de escoger profesión u oficio en sí misma, pues es precisamente en aquel escenario -el del ejercicio de la profesión- donde el individuo se proyecta en la esfera de los derechos de los demás y donde puede verse comprometido el interés social. (negrillas fuera de texto)***

Conforme con ello, ha considerado igualmente esta Corporación que exigir dichos títulos implica una garantía para la sociedad de que el titular y portador del mismo es en realidad una persona idónea y competente en el área del conocimiento de que se trata, y que ha sido formada y entrenada de acuerdo con los niveles de exigencia considerados como mínimos para el ejercicio responsable de su saber. Sobre este particular, afirmó este Tribunal que:

“...el título, expedido de conformidad con la propia ley que lo exige, es la prueba, en principio, de la sapiencia de su dueño, o al menos, de que éste cursó unos estudios. Dicho en términos más sencillos: el título legalmente expedido, prueba la formación académica. Y la facultad del legislador para exigirlo no resulta de abstrusos

---

<sup>11</sup> Sentencia C-191 de 2005.

razonamientos, sino del texto inequívoco de la norma constitucional. “Es claro que la exigencia de títulos de idoneidad, apunta al ejercicio de la profesión, porque es una manera de hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica. Y, en general, todo ejercicio de una profesión tiene que ver con los demás, no solamente con quien la ejerce”. (Sentencia C-377 de 1994).

La circunstancia de que la Constitución habilite al legislador para requerir títulos de idoneidad, constituye entonces la forma de “hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica”,<sup>12</sup> como también la manera indispensable de “acreditar la preparación académica y científica que exija la ley tanto en relación con la profesión en sí misma, como en lo relativo a sus especialidades”.<sup>13</sup> Por eso, si por expreso mandato constitucional el legislador puede exigir títulos de idoneidad para efectos del ejercicio de una determinada actividad, en esta área goza de un amplio margen de discrecionalidad, limitado eso sí por el hecho de no poder “imponer condiciones exageradas, o poco razonables, que anulen los derechos a ejercer una profesión y al trabajo”<sup>14</sup>.

4.6. No sobra destacar que la facultad otorgada al legislador para regular lo relativo a las profesiones y oficios y para exigir títulos de idoneidad, está íntimamente relacionada con la atribución reconocida al mismo legislador para establecer los requisitos de acceso a los cargos públicos (C.P. arts. 125 y 150-7º-23). Esta última atribución, aun cuando puede ejercerse también en forma amplia, debe igualmente desarrollarse con apego a la Constitución, de manera que al determinar tales condiciones, no puede la ley crear exigencias irrazonables o desproporcionadas que impidan el ejercicio del derecho de acceso a los cargos públicos y, por esa vía, de los derechos al trabajo y a ejercer profesión u oficio.

4.7. Ahora bien, a partir de lo expresado en el propio artículo 26 Superior, la Corte viene sosteniendo que los límites a la facultad de regular el ejercicio de las profesiones y oficios, y dentro de ella a exigir títulos de idoneidad, pueden agruparse en tres categorías: competenciales, procedimentales y materiales. En cuanto a los límites de carácter competencial, desde sus primeras decisiones la Corte destacó que en virtud del principio democrático el legislador no puede trasladar al ejecutivo atribuciones que le han sido

---

<sup>12</sup> Sentencia C-377 de 1994.

<sup>13</sup> Sentencia T-408 de 1992.

<sup>14</sup> Sentencia C-964 de 1999. En el mismo sentido se pueden consultar las Sentencias C-602 de 1992 y C-191 de 2005.

asignadas con carácter reservado -principio de reserva de ley-<sup>15</sup>. Dentro de esos límites se encuentra la instrucción constitucional de que es el legislador quien debe adoptar las normas básicas conforme a las cuales las autoridades administrativas lleven a cabo la función de inspección y vigilancia sobre las profesiones<sup>16</sup>.

En punto a los límites procedimentales, estos hacen referencia a aspectos relacionados directamente con el ejercicio de las atribuciones fijadas por la Constitución. Dentro de los límites procedimentales reconocidos por la jurisprudencia, pueden mencionarse, por citar algunos ejemplos, aquellos en los que la Corte ha dejado claro que el Congreso: (i) no puede conceder a los órganos de vigilancia y control de una profesión la facultad de crear o suprimir organismos del orden nacional, facultad que otorga la Carta al legislador y al Presidente de la República -en este último caso de conformidad con la ley o a través de facultades extraordinarias-<sup>17</sup> (ii) no puede, por su propia iniciativa, reformar los órganos encargados de controlar y vigilar a los profesionales de una misma disciplina, cuando tales órganos son de naturaleza pública y forman parte de la estructura de la administración pública, pues en estos casos se requiere iniciativa gubernamental.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-606 de 1992, C-791 de 2002, C-974 de 2002 y C-734 de 2003.

<sup>16</sup> En este sentido se pronunció la Corte en la Sentencia C-606 de 1992, al señalar: “(...) Las remisiones legales a la potestad reglamentaria del ejecutivo deben entonces encuadrarse dentro de normas claras que respeten no sólo el contenido esencial de los derechos que se regulan, sino todos y cada uno de los contenidos normativos de la Constitución. La potestad reglamentaria constituye pues, un complemento de la ley, necesario para hacerla cumplir eficazmente, pero la delegación legal no se puede traducir en una transferencia inconstitucional de competencias tal que deslegalice la materia reservada. Lo anterior no significa que toda cuestión que se relacione de una u otra manera con la libertad de escoger profesión u oficio deba ser regulada por ley: ello dependerá de si la norma afecta o no el ejercicio de un derecho fundamental.”

<sup>17</sup> En la sentencia C-570 de 2004, la Corte consideró que “(...) de acuerdo con la Constitución, los únicos autorizados para crear o suprimir organismos del orden nacional son el Congreso (C.P., art. 150, num. 7) y el Presidente de la República, este último siempre de conformidad con la ley (C.P., art. 189, num. 15), o facultado por el Congreso de la República (C.P., art. 150, num. 10)” .

<sup>18</sup> En este sentido se pronunció la Corte en la Sentencia C-078 de 2003, al resolver declarar fundadas las objeciones presidenciales a los artículos 25, 26, 27, 28 y 80 del proyecto de Ley número 44 de 2001, Senado, y 218 de 2002, Cámara de Representantes, *Por la cual se modifica la reglamentación del ejercicio de la Ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta*

Finalmente, en lo que toca con los límites materiales, los mismos se inscriben dentro del propósito básico de que las medidas legislativas deben ser razonables y proporcionadas, aplicándolos a los aspectos sustanciales de las mismas. A este respecto, la Corte ha descrito, a título simplemente enunciativo, los siguientes límites específicos: (i) no le corresponde al legislador expedir normas disciplinarias en las que se sancionen conductas descritas de manera vaga e indeterminada;<sup>19</sup> (ii) tampoco puede establecer normas que tipifiquen como faltas conductas que no guarden relación con las exigencias propias del desempeño profesional ni afecten la integridad de la profesión como tal;<sup>20</sup> (iii) no puede exigir a un profesional ser miembro de una asociación privada para desempeñarse como tal;<sup>21</sup> y

---

*el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones.* Posteriormente lo hizo en la Sentencia C-570 de 2004, al estudiar la constitucionalidad de varias normas de la Ley 842 de 2003, sosteniendo que “(...) el legislador no podía derogar de manera indiscriminada todas las leyes enunciadas en el artículo 78, por cuanto varias de ellas habían creado consejos profesionales, que tenían naturaleza pública, razón por la cual su abrogación general requería que la ley hubiese sido de iniciativa gubernamental, puesto que ella estaba modificando la estructura de la administración. Lo anterior no significa que la Ley 842 no pudiera derogar los apartes de las leyes comentadas que no se refirieran a los Consejos Profesionales y a sus funciones.”

<sup>19</sup> En la Sentencia C-570 de 2004, la Corte declaró inconstitucionales varios artículos de la Ley 842 de 2003 que consagraban conductas sancionables mediante expresiones “completamente imprecisas e inciertas” por considerar que se trata de una “(...) situación que entraña que las personas disciplinables se encuentran a merced de los pareceres subjetivos de los funcionarios disciplinantes. Esta situación es contraria al debido proceso, derecho que persigue, entre otras cosas, establecer con claridad cuáles son las conductas punibles y, por lo tanto, cuáles son las conductas de las que deben abstenerse los profesionales de la ingeniería y sus disciplinas afines y auxiliares”.

<sup>20</sup> Así lo dispuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-373 de 2002, para el caso de los notarios, y en la Sentencia C-098 de 2003, tratándose de los abogados. Respecto de los ingenieros, la Sentencia C-570 de 2004 consideró inconstitucional “(...) imponer patrones de comportamiento a los profesionales de la ingeniería y sus disciplinas afines y auxiliares, referidos a un modelo de vida que se desea impulsar, en desmedro de la autonomía personal de cada profesional para diseñar su plan de vida. Estas normas permiten juzgar los comportamientos y las actitudes de los profesionales en sus actividades personales, no relacionadas necesariamente con el ejercicio de sus actividades profesionales o con la integridad de la profesión, y con ello vulneran el libre desarrollo de la personalidad de los profesionales.”

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia C-606 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón). En este caso se consideró que la norma acusada exigía, “(...) para poder “legalizar” el ejercicio de la profesión de topografía, la obtención de un certificado que (...) no puede ser expedido

(iv) no puede el legislador excluir de la realización de una actividad específica, a profesionales que tienen un nivel de idoneidad, acreditado por un título profesional, expedido conforme a las normas vigentes, equivalente o superior al que el legislador estimó suficiente para realizar dicha actividad.<sup>22</sup>

Como se analiza, el fallo de la Corte citado anteriormente, expone de manera sucinta la doctrina constitucional vigente, acerca de las presuntas violaciones de normas constitucionales señaladas por el actor y, la interpretación de las mismas, a la luz de la doctrina constitucional imperante, que corresponde a la exequibilidad de la parte demanda, en el sentido de que puede el Congreso de la República, por medio de una ley, exigir títulos de idoneidad para el desempeño de una profesión.

En el caso concreto en que se ejerce una función pública donde se requiere una formación altamente calificada en el tema jurídico y técnico en comunicaciones y nuevas tecnologías, que además exige un alto nivel no sólo de formación como se ha expresado, sino también, de constante investigación, por la dinámica con que se desarrollan las actividades en el campo de las comunicaciones y las nuevas tecnologías globalmente, justifica el requisito de estudios avanzados de *Maestría o Doctorado afines*, señalando de manera razonable y proporcionada, la disposición de estudios de alto nivel afines a la función pública a desarrollar, que abre un amplio panorama en las disciplinas relacionadas.

Además, es pertinente señalar que gracias a las políticas del Estado referentes al desarrollo del conocimiento científico, el catálogo de programas de alto nivel en Maestrías y Doctorados en nuestro país, ofrecido tanto por universidades públicas como privadas, hace que no sólo sea necesario profesionalizar con alto nivel el desempeño de la función pública, sino casi un deber ciudadano el propender a subir el nivel de competencias profesionales en aras del desarrollo en todos los campos del saber de nuestro país.

---

sino a las personas que hacen parte de una determinada asociación privada. Con ello se vulnera, no solamente el derecho consagrado en el artículo 26, sino y especialmente, el contenido esencial de la libertad de asociación. (...)"

<sup>22</sup> Sentencia C-606 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón).

Para finalizar, debe resaltarse que la función de regulación eficiente y eficaz en el sector de las comunicaciones y nuevas tecnologías, conviene y beneficia en últimas a todos los ciudadanos, pues les ofrece la posibilidad de tener un servicio de última tecnología a mejor precio, en mejores condiciones y con una cobertura más amplia, siendo este el ideal. Y es garantía que los servidores públicos que cumplan esta función, no sólo cuenten con una alta experiencia en el tema relacionado, sino que cuenten con estudios superiores de maestrías o doctorados afines a ella.

### CONCLUSIÓN

Con fundamento en las anteriores razones, mi opinión es que la expresión demandada del artículo 20 inciso 3 de la Ley 1341 de 2009 “*y maestría o doctorado afines*” debe ser declarada exequible.

En los anteriores términos dejo rendida la opinión solicitada.

Con sentimientos de consideración y aprecio,

JULIETA ARENAS CEBALLOS  
Abogada Investigadora



# PUBLICIDAD Y PROMOCIÓN DEL TABACO

*Edwin Tachlian*

Honorable  
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA  
Magistrado Ponente  
Corte Constitucional

Ref. – Oficio No. 908 atinente al expediente D-8096. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009.

Muy distinguido Doctor,

Cordial y respetuoso saludo. En relación con la solicitud contenida en el oficio de la referencia, al tenor de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, gustosamente procedemos a emitir el concepto que se solicita a la Liga Colombiana Contra el Cáncer.

## EL ASUNTO PLANTEADO

Mediante un escrito a fecha del 08 de abril de 2010, se radicó ante la H. Corte Constitucional una acción de inconstitucionalidad por el Sr. Pablo J. Cáceres Corrales contra los artículos 14, 15, 16 y 17 de la ley 1335 del 21 de julio de 2009, *disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia*

*del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana.* Estos artículos prohíben la publicidad para el tabaco y el patrocinio por parte de la industria tabacalera.

ARTÍCULO 14. CONTENIDO EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DIRIGIDOS AL PÚBLICO EN GENERAL. Ninguna persona natural o jurídica, de hecho o de derecho podrá promocionar productos de tabaco en radio, televisión, cine, medios escritos como boletines, periódicos, revistas o cualquier documento de difusión masiva, producciones teatrales u otras funciones en vivo, funciones musicales en vivo o grabadas, video o filmes comerciales, discos compactos, discos de video digital o medios similares.

PARÁGRAFO. Los operadores de cable, los operadores satelitales y los operadores de televisión comunitaria que estén debidamente autorizados por la Comisión Nacional de Televisión, a través de licencia, no permitirán la emisión en Colombia de comerciales o publicidad de tabaco producida en el exterior.

Las sanciones serán las mismas previstas en la presente Ley.

ARTÍCULO 15. PUBLICIDAD EN VALLAS Y SIMILARES. Se prohíbe a toda persona natural o jurídica la fijación de vallas, pancartas, murales, afiches, carteles o similares móviles o fijos relacionados con la promoción del tabaco y sus derivados.

#### CAPÍTULO IV.

DISPOSICIONES PARA PROHIBIR LAS ACCIONES DE PROMOCIÓN Y PATROCINIO DE TABACO Y SUS DERIVADOS.

ARTÍCULO 16. PROMOCIÓN. Prohíbese toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados.

ARTÍCULO 17. PROHIBICIÓN DEL PATROCINIO. Prohíbese el patrocinio de eventos deportivos y culturales por parte de las empresas productoras, importadoras o comercializadoras de productos de tabaco a nombre de sus corporaciones, fundaciones o cualquiera de sus marcas, cuando este patrocinio implique la promoción, directa o indirecta del consumo de productos de tabaco y sus derivados.

El actor señala como violados los artículos 333 y 334 de la Constitución Política relativos a la libertad de comercio e industria, pues los

artículos en cuestión agregarían una prohibición, estableciendo una limitación a dichas libertades de valor constitucional.

## **EL PROBLEMA JURÍDICO**

Si efectivamente la Constitución Política garantiza la libertad de comercio e industria, ¿sería constitucionalmente válida una prohibición de la publicidad y del patrocinio en el caso del tabaco, justificada por la protección a la salud y prevención del riesgo? La hipótesis del actor es negativa, valga decir, que prohibir la publicidad y el patrocinio a un sector económico que por otra parte comercializa un producto de venta legal es una violación de la Constitución en sus artículos 333 y 334.

Al contrario, demostraremos aquí, como lo hizo varias veces la H. Corte, basándose sobre los derechos fundamentales y los compromisos internacionales del Estado Colombiano, que la protección de la salud y la prevención de tabaquismo es una justificación suficiente a la limitación de la libertad de empresa.

Para resolver el problema es menester considerar dos aspectos: por una parte (I) preguntarse sobre la naturaleza y el valor de los derechos protegidos por la Ley 1335 de 2009 y por otra parte, (II) sobre la naturaleza y el carácter general y absoluto de la libertad de empresa, con el objetivo de ponderar estos derechos. (III) También se analizarán los precedentes ante la misma H. Corte en el caso de la publicidad en materia de productos de tabaco, y finalmente, (IV) cómo algunas jurisdicciones extranjeras resolvieron este problema de derecho.

### **COMENTARIOS PRELIMINARES: PRINCIPIO DE COSA JUZGADA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS CONTEMPLADAS**

La cosa juzgada es una institución jurídico-procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para

lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

En la sentencia C – 447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero la Corte expuso:

*(...) Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica – pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles – sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez (...).*

La ley 1335 tiene como objetivo la reglamentación de las normas adoptadas por el Estado Colombiano como consecuencia de la ratificación del Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco, ratificación establecida por la ley 1109 de 2008.

En su decisión 665/07, la H. Corte constitucional, analizando la constitucionalidad de la Ley 1109 ya se pronunció sobre la constitucionalidad de las normas prohibiendo la publicidad y el patrocinio del tabaco resultando del Convenio Marco y cuyos artículos 14, 15, 16 y 17 de la ley 1335 son los correspondientes artículos reglamentarios.

Sin embargo, ha reiterado la Corte, tal facultad puede ser limitada en aras de la protección de “fines plausibles como son: el interés general, la vida, la salud, la seguridad y los derechos de los niños”. Es por ello que la Corte consideró constitucionales las limitaciones establecidas en la publicidad por radio y televisión de bebidas alcohólicas, cigarrillo y tabaco, permitida, únicamente, entre las once de la noche y las seis de la mañana del día siguiente, y en los cinematógrafos en la proyección de películas aptas para adultos. En efecto, esto se encuentra conforme con la protección a la niñez y la juventud señalada en los artículos 44 y 45 de la Constitución. Encuentra, además, que éste reconoce y respeta las decisiones soberanas de los Estados en cuanto al tema de la restricción total o parcial de la publicidad del tabaco.

Por lo anterior, las medidas por las que propugna el Convenio pueden considerarse como constitucionalmente válidas y legítimas.

Visto lo anterior, el principio de cosa juzgada debe en este caso aplicarse, considerando que existe identidad de caso entre la decisión C-665/07 y la presente demanda, pero el actor en efecto no justificó (ni lo buscó) un cambio de circunstancias capaz de modificar la decisión previa de la H. Corte sobre la constitucionalidad de los artículos contemplados.

## I. NATURALEZA Y VALOR DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS POR LA LEY 1335 DE 2009

Introducción: el reconocimiento de los riesgos del tabaquismo sobre la salud, y la regulación del tabaco como obligación para el Estado Colombiano.

La ley 1335 de julio de 2009, por la cual *se previenen daños a la salud de los menores de edad, de la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana*, reglamenta la Ley 1109 de 2006 por la cual se ratificó el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS de 2003. A través de esta ratificación, el Estado Colombiano ha reconocido de manera no equívoca los riesgos del tabaco sobre la salud y el carácter epidémico del tabaquismo sobre la población, más particularmente sobre los niños.

Mas allá de este reconocimiento, la **Procuraduría General de la Nación**, a través de su estudio *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud* de 2008, advirtió al Estado Colombiano sobre vacíos de regulación en salud, incluyendo aquella en materia de tabaquismo:

*Así, conforme a la Observación General No. 14, se considera que constituye una violación de las obligaciones de proteger, la no adopción de las medidas necesarias para amparar a las personas frente a las violaciones del derecho a la salud por parte de terceros y se incluyen en esta categoría por parte del Comité omisiones como (...) la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; la*

*no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; el no proteger a las mujeres contra la violencia, y el no procesar a los autores de la misma; el no disuadir la observancia continua de prácticas médicas o culturales tradicionales perjudiciales; y el no promulgar o hacer cumplir las leyes a fin de impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias extractivas y manufactureras.*

En aplicación de lo anterior, la Ley 1335 de 2009, a través de sus artículos 14, 15, 16 y 17, tiene por objeto la prohibición de la publicidad y del patrocinio por parte de la industria tabacalera, medidas reconocidas como eficaces para la prevención del tabaquismo. En efecto, **la Tercera reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, dictaminó que se aplicaran los siguientes principios de manera vinculante para las partes del convenio:**

- a) Está bien documentado que la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco aumentan el consumo de éste y que las prohibiciones totales de la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco disminuyen dicho consumo.*
- b) Una prohibición eficaz de la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco, como reconocen en los párrafos 1 y 2 del artículo 13, las Partes en el Convenio, debería ser integral y aplicarse a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio.*
- c) De conformidad con las definiciones que figuran en el artículo 1 del Convenio, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco se aplica a toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial y toda forma de contribución a cualquier acto, actividad o individuo con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco.*
- d) Una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco debería abarcar la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos. Esto comprende tanto la salida de publicidad, promoción o patrocinio (del territorio de una Parte) como la entrada de publicidad, promoción o patrocinio al territorio de una Parte.*
- e) Para ser eficaz, una prohibición total debería estar dirigida a toda persona o entidad involucrada en la producción, la colocación y/o la difusión de publicidad, promoción o patrocinio del tabaco.*

Aparece así claramente que la Ley 1335 de 2009 en su totalidad, y más específicamente sus artículos 14, 15, 16 y 17 tienen por objeto proteger (A) la salud, y (B) más específicamente la salud de los niños, con medidas de restricción a la promoción, publicidad y patrocinio, cuya eficiencia ha sido reconocida por el Estado colombiano, así como en el ámbito internacional.

#### **A. DERECHO A LA SALUD**

Como posible restricción a la libertad de empresa, la Constitución acepta el mantenimiento del orden público. Así, pueden ser justificaciones a la limitación de dichas libertades las necesidades de seguridad, salubridad, higiene pública a favor de los consumidores (Art. 78 de la Constitución Política). De este modo, la Constitución justifica el control sobre la publicidad e información a que están sometidos durante el proceso de comercialización todos los productos.

El Derecho a la Salud no es un derecho reciente. En efecto, se remonta a la adopción de la carta de Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946, al plantear que el goce del máximo grado de salud posible es un derecho fundamental sin ninguna discriminación posible. A su turno, **la Declaración Universal de los Derechos Humanos** de 1948 dejó planteado el derecho a la Salud en su artículo 25.

#### **El derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad:**

La H. Corte Constitucional consagró en su tiempo el derecho a la salud como derecho de valor fundamental por conexidad con el derecho a la vida:

*Sentencia No. T-271/95*

*La salud reviste la naturaleza de derecho fundamental merced a su relación inescindible con el derecho a la vida y al mínimo vital. La vinculación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud se aprecia con absoluta claridad, ya que la presencia de una patología semejante, además de conducir a la muerte, desmejora la calidad de la vida durante el tiempo al que todavía pueda aspirarse. Se torna patente, entonces, la necesidad de proceder al tratamiento pertinente encaminado a atacar las manifestaciones de la enfermedad para*

*impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando de conservar, en lo posible, las posibilidades que faciliten al enfermo desenvolver la propia personalidad dentro del medio social.*

En la más reciente Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional reiteró la tesis, ya desarrollada en sentencias previas, sobre el carácter fundamental del derecho a la salud.

Se encuentra así consagrado el derecho a la salud a través del derecho a la vida en varias fuentes de derecho: en la Constitución Política de Colombia en el Art. 11, en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 3, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 6 y en la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 4.

El Derecho a la Salud como tal aparece entonces claramente como un derecho fundamental en la jerarquía colombiana de las normas. Ahora bien, la relación entre derecho a la salud y la obligación del Estado colombiano de prevenir los daños del tabaquismo es evidente. Como lo precisan Rodrigo Uprimny y Camilo Castillo en el estudio ***Constitución, tabaco y democracia en Colombia de 2009:***

*(...) el Estado, frente al derecho a la salud, no sólo tiene el deber de permitir a todas las personas, sin discriminación, el acceso a los servicios médicos sino que, además, tiene claras obligaciones preventivas en este campo. Así, el artículo 12 del PIDESC [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], que no sólo obliga internacionalmente al Estado colombiano sino que además tiene en nuestro país rango constitucional, por mandato del artículo 93 y en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad, establece inequívocamente que es obligación esencial del Estado la “prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole” y la “educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud”. Es pues evidente que el Estado colombiano debe prevenir las enfermedades asociadas al consumo del tabaco y debe educar a su población para que pueda prevenir y tratar adecuadamente los problemas de salud asociados al consumo de tabaco.*

## **B. DERECHOS DE LOS NIÑOS**

La Ley 1335 de julio de 2009, por la cual *se previenen daños a la salud de los menores de edad, de la población no fumadora y*

*se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana es la Ley que reglamenta la Ley 1109 de 2006, por la cual se ratifica el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS de 2003. El Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT OMS) es un tratado mundial de salud pública, orientado a reducir la carga de morbilidad y mortalidad causada por el consumo de tabaco, particularmente hacia los menores de edad, como lo precisa su preámbulo:*

*Las Partes en el presente Convenio, determinadas a dar prioridad a su derecho de proteger la salud pública, (...) **Profundamente preocupadas por el importante aumento del número de fumadores y de consumidores de tabaco en otras formas entre los niños y adolescentes en el mundo entero, y particularmente por el hecho de que se comience a fumar a edades cada vez más tempranas.** (...).*

Por su parte, el artículo 44 de la Constitución Política consagra que **los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.** Este artículo señala la obligación de la familia, de la sociedad y del Estado de asistir y proteger a los niños a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud (...) Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las **leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.***

**La Convención sobre los Derechos del Niño también busca aplicarse en este caso, en su artículo 33:**

*Artículo 33: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para **proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes,** y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.*

A su turno, la Ley 1098 de 2006 tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para **la protección integral de los niños, las**

**niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades** consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

Visto lo anterior, la Ley 1335 tiene como objeto la protección y la aplicación del derecho a la salud. Este derecho tiene claramente un valor fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano. Además, este derecho no es susceptible de limitaciones, en particular en el caso del derecho a la salud de los niños.

Conviene ahora estudiar el principio de libertad de empresa y las limitaciones a esta libertad previstas en la Constitución Política de 1991.

## **II. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA E INICIATIVA PRIVADA Y LIMITACIONES CONSTITUCIONALES AL PRINCIPIO**

La Constitución Política, en su artículo 333, garantiza que la actividad económica y la iniciativa privada son libres **dentro de los límites del bien común**. En este mismo artículo (inciso 5º) se precisa que *la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el ambiente, el patrimonio cultural de la Nación y el interés social*.

Así mismo, el Congreso tiene la competencia para proporcionar límites a la libertad de comercio e industria según el artículo 150, ordinal 21. Estos límites deben concordar con el artículo 334 de la Constitución Política donde se consagra la dirección general de la economía por parte del Estado.

A su turno, la H. Corte ya ha reconocido esta posibilidad de limitación legítima a la libertad de empresa en la *Sentencia C- 425 de 1992*:

*La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a*

*crear, mantener o incrementar su patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, **salubridad**, moralidad, utilidad pública o interés social. En términos más generales la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y particularmente, por el establecimiento de monopolios o la clasificación de una determinada actividad como un servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales, etc.”*

Sentencia No. 524/95:

*“La libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, libertad que al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan “el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que cumplir; la que implica ciertas obligaciones, y que la libre competencia económica “supone responsabilidades”. El Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades **para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común.***

Aparece entonces claramente que, siendo una libertad de carácter constitucional, la libertad de empresa no es ni general, ni absoluta, sino susceptible de ser condicionada por la ley si aparece necesario dentro de los criterios previstos por la Constitución.

### III. LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL CASO DEL TABACO: PRECEDENTE DE LA H. CORTE CONSTITUCIONAL

La publicidad para el tabaco ya conoce limitaciones en Colombia, independientemente de la Ley 1335 de 2009. En efecto, el Acuerdo 001 de 2006 de la Comisión Nacional de Televisión, prohíbe la publicidad directa e indirecta del tabaco.

En el pasado, la H. Corte Constitucional ya contestó a la pregunta de si el derecho a la salud, y particularmente en el caso de la prevención del tabaquismo, representaba una justificación válida a una limitación a la libertad de empresa. **La Sentencia No. C-010-00** de la H. Corte ya permite contestar de manera afirmativa a esta pregunta:

*(...) Para responder a ese interrogante, es necesario tener en cuenta que existen ocupaciones o transacciones económicas que un legislador democrático puede considerar dañinas socialmente, y que por ende juzga que deben ser limitadas. Sin embargo, ese mismo legislador puede concluir que es equivocado prohibir esas actividades, por muy diversas razones. Por ejemplo, con base en diversos estudios sociológicos, los legisladores pueden considerar que la interdicción total es susceptible de generar un mercado negro ilícito, que en vez de reducir el daño social ligado a los intercambios económicos no deseados, tienda a agravarlo. En casos como esos, la sociedad democrática puede asumir la opción de crear lo que algunos estudiosos denominan un “mercado pasivo”, esto es, la actividad es tolerada, por lo cual es legal, pero no puede ser promovida, por lo cual toda propaganda en su favor es no sólo prohibida, o fuertemente restringida, sino que incluso las autoridades adelantan campañas publicitarias en contra de esas actividades. Este tipo de estrategias ha sido desarrollado en algunos países para, por ejemplo, controlar el abuso de sustancias psicoactivas legales, como el alcohol o el tabaco (...)*

De la misma manera, el Estado colombiano se comprometió a través de la ratificación del Convenio Marco para el Control del Tabaco a prohibir la publicidad y el patrocinio por parte de la industria tabacalera. En efecto, este convenio requiere que sean prohibidos en forma completa la publicidad, la promoción y el patrocinio de tabaco dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del tratado.

Ahora bien, la H. Corte Constitucional ya se ha pronunciado a favor de la validez de una limitación de la publicidad y patrocinio en materia de tabaco al momento del control de constitucionalidad de la Ley 1109 de 2006 “*Por medio de la cual se aprueba el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco*”, en su Sentencia C-665/07. En efecto, después de una referencia a la Sentencia C-524

de 1995 en la cual la H. Corte ya había reconocido la posibilidad de limitación legítima a la libertad de empresa en el caso de la publicidad: (Cfr. *Infra*), la H. Corte precisa:

*(...) Así las cosas para la Corte es claro que si uno de los propósitos fundamentales del Estado se encuentra dirigido al mejoramiento de la calidad de vida de los conciudadanos, es lógica y necesaria su intervención en algunas de las actividades económicas, mediante la cual se protegen los derechos de la colectividad.*

*En este marco la Corte pasará a estudiar, puntualmente, la constitucionalidad de las medidas adoptadas en el instrumento (...)*

#### *5.6. Medidas relacionadas con la promoción y patrocinio del tabaco*

*La Convención, en sus artículos 10, 11, 12 y 13, insta a Las Partes para que, de acuerdo con sus normas constitucionales, establezca una política restrictiva frente a la publicidad y promoción del tabaco.*

*En cuanto al punto específico de la restricción de la publicidad del tabaco la jurisprudencia ha señalado que el mercado, entendido como el desenvolvimiento de los procesos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, está gobernado por la ley de la oferta y la demanda. El empresario tiene plena libertad de iniciativa para escoger los instrumentos que considere idóneos y eficaces para ofrecer o anunciar sus productos, siempre y cuando no atenten contra el bien común, los derechos fundamentales, la función social de la empresa, las leyes reguladoras de la actividad económica, y la información que debe suministrarse al público en la comercialización de los productos. Dentro de esos mecanismos se encuentra la publicidad o propaganda del bien o servicio a través de los distintos medios de comunicación Cfr: C-560 de 1994, M.P. José Gregorio, Hernández Galindo. Sin embargo, **ha reiterado la Corte, tal facultad puede ser limitada en aras de la protección de “fines plausibles como son: el interés general, la vida, la salud, la seguridad y los derechos de los niños”.** Es por ello que la Corte consideró constitucionales las limitaciones establecidas en la publicidad por radio y televisión de bebidas alcohólicas, cigarrillo y tabaco, permitida, únicamente, entre las once de la noche y las seis de la mañana del día siguiente, y en los cinematógrafos en la proyección de películas aptas para adultos. En efecto, esto se encuentra conforme con la protección*

*a la niñez y la juventud señalada en los artículos 44 y 45 de la Constitución. Por lo anterior, las medidas por las que propugna el Convenio pueden considerarse como constitucionalmente válidas y legítimas, teniendo en cuenta, además, que éste reconoce y respeta las decisiones soberanas de los Estados en cuanto al tema de la restricción total o parcial de la publicidad del tabaco.*

Aquí, sin duda, se está ante una clara manifestación de la legitimidad de la limitación a la libertad de empresa proporcionada por los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009.

#### **IV. UNA REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO**

Aquí, conviene detenerse a fin de observar el tratamiento que esta discusión adopta en algunas legislaciones extranjeras. Señálese, desde luego, que se trata de sistemas jurídicos cuyas constituciones también reconocieron el valor constitucional de la libertad de comercio e industria.

En Francia, el Consejo Constitucional ha declarado que la prohibición de publicidad del tabaco es constitucional ya que se basa en los principios de protección de la salud pública y no afecta a la libertad de empresa<sup>1</sup>. Por otra parte, una decisión tomada en el Reino Unido ha confirmado que la promoción de un producto legal no confiere automáticamente una libertad ilimitada al fabricante. El ejercicio de estas libertades es de hecho sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones impuestas por la ley, que sean necesarias para proteger la salud y los derechos de los demás<sup>2</sup>.

#### **CONCLUSIONES**

Así las cosas, si se analizan las razones anteriores, se debe concluir:

1. Que la libertad de empresa y la iniciativa privada consagrada en los artículos 333 y 334 de la Constitución

---

<sup>1</sup> Decisión del Consejo Constitucional n° 90-283 del 8 de enero de 1991.

<sup>2</sup> *UK Human Rights Act 1998*. Disponible en [http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/ukpga\\_19980042\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/ukpga_19980042_en_1)

Política no es ni general ni absoluta, sino que es lícito para el legislador proporcionar los límites exigidos por el interés social y bien común. Estos límites han sido reconocidos por la H. Corte a través de su Sentencia C-524/95.

2. Que la protección y prevención contra los daños del tabaquismo reglamentados por la Ley 1335 de 2009 son una aplicación del Derecho a la Salud, derecho fundamental por conexión con el Derecho a la Vida, y derecho fundamental particularmente para los niños, que por su naturaleza representan un límite pertinente a la libertad de empresa.
3. Que la regulación y el control del tabaco con fines de prevención de la enfermedad y protección de la salud son obligaciones constitucionales e internacionales para el Estado Colombiano, y que la prohibición de la publicidad y del patrocinio por parte de la industria tabacalera es un elemento de dicha protección de la salud, lo cual representa una limitación legítima a la libertad de empresa.
4. Que la H. Corte Constitucional ya reconoció la validez de las normas contempladas en su Sentencia C-665/07.

**Así las cosas, la demanda presentada por el actor debe, en consecuencia, ser desechada.**

Agradeciéndoles a los H. Magistrados que hayan pensado en la LIGA COLOMBIANA CONTRA EL CÁNCER para tan trascendental y edificante tarea, nos es grato suscribirnos.

Atentamente,

EDWIN TACHLIAN



# DE LA INVESTIGACIÓN Y EL JUZGAMIENTO DE LOS CONGRESISTAS

## Capítulo III

### “La desconcentración de las funciones de investigación y juzgamiento, a propósito de la Sentencia C-545 de 2008”

*Carlos E. Lozano Martínez*

#### 1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos tres años, el país entero ha sido testigo de una de las controversias políticas más notables de su historia. La vinculación de miembros del Congreso con grupos armados al margen de la ley, generó, en magnitudes históricamente incalculables, la iniciación de procesos penales en contra de estos altos dignatarios del Estado. Por disposición expresa de la Carta Política, estos procesos deben surtirse en única instancia por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con la garantía foral de que están revestidos estos funcionarios.

Sin embargo, esta modalidad de enjuiciamiento -que aunque de consagración constitucional, no deja de ser en todo caso excepcional-carente de precedentes judiciales claros y delineados, ha puesto en tela de juicio su legitimidad, cuando es sopesado frente a los derechos y demás garantías otorgadas por el propio ordenamiento. De ahí que, a nuestro juicio, la caótica manera en que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia viene desempeñando dicha función jurisdiccional, no sea más que el resultado de una acelerada y desprevénida interpretación de la voluntad del constituyente.

El artículo 235.3 de la Constitución Política de Colombia dispone que corresponde a la Corte Suprema de Justicia investigar y juzgar

a los miembros del Congreso, concentrando en ese tribunal ambas funciones. En ese orden de ideas, un mismo juez -aunque colegiado- está llamado a ejercer, tanto la instrucción como el juzgamiento de la causa que conoce. Dicho razonamiento no encuentra asidero en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado Colombiano que, por consiguiente, hacen parte integral de la Constitución conforme al artículo 93 de la misma.

Bajo esa premisa, nos enfrentamos, *prima facie*, a una situación de trato desigual originada por la propia norma de normas, que podemos ejemplificar de la siguiente manera: mientras un miembro del Congreso, en función del fuero que ostenta, debe soportar –además, en única instancia– la carga de ser investigado y juzgado por un mismo funcionario, todos los demás ciudadanos y aforados son investigados y acusados por un funcionario distinto del que está llamado a juzgarlos.

La separación de estas dos funciones al interior del proceso penal, constituye históricamente una garantía mínima, edificada sobre la base de los presupuestos de un estado de derecho. Siendo ello así, la pregunta que inexorablemente suscita la cuestión es en dónde halla justificación el tratamiento diferenciado a que deben ser sometidos los miembros del Congreso, no habiendo ningún impedimento para que sean tratados como todos los demás ciudadanos, es decir, que sean investigados y acusados por funcionario distinto del juzgador. Esta garantía, que adicionalmente viene siendo una consecuencia del debido proceso, no puede ser objeto de excepciones, y en este sentido la Corte Constitucional de manera oportuna, pero no del todo satisfactoria, profirió la sentencia que aquí se analiza.

## 2. LA SENTENCIA

A continuación, se transcriben algunos apartes de la Sentencia C-545 de 2008, los cuales motivaron el sentido del fallo y cuyas consecuencias se analizarán.

### 2.1. La norma demandada.

LEY 906 DE 2004. “Artículo 533. Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad

al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

Los artículos 531 y 532 del presente código entrarán en vigencia a partir de su publicación.”

## **2.2. La Demanda**

Los actores consideran que el precepto demandado vulnera el derecho a la igualdad, al consagrar un trato diferente para el procedimiento aplicable a la investigación y juzgamiento de los Congresistas por la Corte Suprema de Justicia.

Señalan que el Estado colombiano adoptó un sistema penal acusatorio con el Acto Legislativo 03 de 2002, que “*se tradujo*” en la expedición de la Ley 906 de 2004, de modo tal que “*conforme a la competencia de poder de reforma de la Constitución, el Congreso de la República transformó el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, adoptando un sistema propio para investigar y juzgar las causas criminales*”.

Recuerdan que el inciso 1° del artículo 116 de la Constitución establece quiénes administran justicia, entre estos, la Corte Suprema, que según el artículo 235 numeral 3° *ibidem*, tiene dentro de sus atribuciones la de investigar y juzgar a los miembros del Congreso, sin reglamentar el procedimiento, como quiera que “*la norma se limitó a fijar una cláusula de competencia respecto de una concreta función de rango constitucional*”.

Plantean que aunque por el citado Acto Legislativo se adoptó un único sistema para las causas criminales, el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 “*dejó abierta la posibilidad de que en el Estado Colombiano subsistan dos sistemas procesales penales completamente diferentes, uno de corte inquisitivo y el otro de corte acusatorio*”, siendo aplicado el primero de ellos “*y por querer de la sola Ley*”, a los procesos adelantados contra los miembros del Congreso de la República.

De esta forma, indican que ese “*trato diferenciado y derivado de la sola ley*” carece de un fundamento constitucional, por lo que

vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, como quiera que *“a pesar de que la norma acusada regula una situación jurídica y fáctica diferente, el trato diferenciado adoptado por el legislador no encuentra una verdadera y razonada justificación, siendo por tanto la medida adoptada por la Ley, desproporcionada y contraria a los preceptos constitucionales”*...

### 2.3. Intervención de la Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación solicitó declarar la exequibilidad de la norma acusada, en los siguientes términos:

... Indica que al adoptarse el nuevo sistema penal acusatorio, no es posible que recaiga sobre la parte acusadora *“la doble función de investigar y juzgar”*, por ser contrario a la naturaleza de ese sistema procesal.

No obstante, refiere que la norma demandada no es inconstitucional, habida cuenta que en las *“investigaciones previas que adelanta la Corte Suprema de Justicia en contra de los congresistas no es dable aplicar el modelo acusatorio, toda vez que, por mandato de la constitución (art. 235-3), sobre dicha corporación recae la doble condición de investigador y juzgador, vale decir, el sistema aplicable a esas actuaciones es de corte inquisitivo y no acusatorio, por voluntad del constituyente de 1991”*.

Así, *“no solamente por los delitos investigados sino igualmente por la calidad de los imputados, la diferenciación en el trato legal está razonablemente justificada”*, de modo que esa diferencia *“cuenta con una explicación objetiva y razonable que la justifica”*, por lo que para esas actuaciones *“no opera el sistema penal acusatorio”*. Bajo tales supuestos, no se vulnera el derecho a la igualdad, *“pues se está en presencia de actuaciones de distinta naturaleza, llamadas a ser reguladas en forma diferente”*.

Complementa indicando que la disposición constitucional que señala la competencia de la Corte Suprema para la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, no sólo fija una cláusula de competencia, sino que *“dispone que el enjuiciamiento de los*

---

<sup>1</sup> Sentencia C-545 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

congresistas se adelante conforme a un modelo procesal compatible con la concurrencia de las funciones de acusación y juzgamiento en un mismo órgano, esto es, un sistema de procedimiento penal de tendencia inquisitiva que, ante la naturaleza del órgano competente, no conlleva ninguna de las restricciones a los derechos del procesado que usualmente se le endilgan a este modelo de administración de justicia penal”.

Finalmente, asegura que, contrario a lo expuesto en la demanda, esa medida legislativa no resulta innecesaria, *“pues solo un modelo procesal mixto o de tendencia inquisitiva permite que las decisiones más relevantes en el desarrollo del proceso, tanto en la etapa de investigación como de juzgamiento, sean adoptadas por el pleno de la sala, que es precisamente lo que persigue la Constitución”*, que se encamina *“a que sea una instancia colegiada, conformada por magistrados de las más altas calidades académicas, morales y de todas las tendencias políticas, la que determine si es procedente adelantar investigación contra los miembros del Congreso y si les asiste responsabilidad penal, decisiones que necesariamente deben ser resultado del debate sopesado de los miembros de la sala, por lo que la división de funciones de acusación y juzgamiento entre sus integrantes, como lo propone el demandante, haría nugatoria las finalidades perseguidas por el constituyente<sup>2</sup>”*. (Lo subrayado es nuestro).

## **2.4. Concepto del Procurador General de la Nación**

El Procurador General de la Nación solicitó declarar la exequibilidad de la norma acusada, en los siguientes términos:

... Puntualiza que al no ser tratados los Congresistas por la Constitución en materia penal de la misma forma que los demás ciudadanos, debe el legislador establecer un procedimiento especial para conservar la protección consagrada en la Carta, siempre que no se vulneren otros preceptos allí contenidos...

...Con fundamento en la condición especial de los Congresistas, explica que el establecimiento del fuero, radicando en el supremo tribunal de la justicia ordinaria la investigación y el juzgamiento,

---

<sup>2</sup> *Ibidem*.

conlleva que la calidad del Juez sea una garantía para los investigados, sin que ello comporte una situación desventajosa, teniendo como juzgador al máximo órgano de la rama judicial.

Entonces, considera que al ser una garantía de la democracia, la diferencia en el trato dado se encuentra política y jurídicamente justificada, bajo el propósito de mantener la unificación de la competencia de la Corte Suprema, cumpliéndose con la segunda condición, esto es, atender una finalidad constitucional.

Igualmente, precisa que la medida es razonable, coherente y proporcional, pues aunque el artículo 235 numeral 3º de la Constitución no estableció procedimiento alguno, “resulta evidente que el proceso acusatorio no tiene cabida en este caso”, toda vez que concentrar las dos funciones en un mismo órgano no es compatible con la estructura de dicho procedimiento, como quiera que su característica principal es la distinción entre el funcionario encargado de la investigación y el del juzgamiento.

Así, la aplicación del sistema con tendencia acusatoria es imposible, *“pues no existiendo órgano de investigación, juez de control de garantía y juez de conocimiento, no se pueden cumplir las funciones previstas para cada uno de estos órganos en el proceso acusatorio, a las que hace referencia el artículo 250 (reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002)”*.

Razona además que, pese a las diferencias de los sistemas, comparten los principios de “agilidad, publicidad, oralidad, contradicción, concentración, respeto por las garantías del procesado, igualdad, entre otros, si bien estos se aplican en correspondencia con las características de cada sistema”.

Concluye que no se está dando un trato diferente a sujetos que se encuentren en igual situación, *“de tal manera que el trato diferenciado está razonablemente justificado sobre elementos de carácter objetivo”*, además de corresponder a una finalidad constitucional legítima al no estar prohibido por la Carta, no constituir una apreciación arbitraria o irracional del legislador y encontrarse dentro del ejercicio de sus competencias<sup>3</sup>. (Lo subrayado es nuestro).

---

<sup>3</sup> Ibidem.

## 2.5. Consideraciones de la Corte Constitucional

### 2.5.1. Los procesos adelantados contra los altos dignatarios del Estado investidos de fuero constitucional, son especiales y no atentan contra el derecho a la igualdad

... (P)or determinación del constituyente de 1991, el numeral 3° del artículo 235 consagra la atribución de la Corte Suprema de Justicia de investigar y juzgar a los miembros del Congreso, estableciendo de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, que lleva a que sean investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 *ib.*) mediante un procedimiento de única instancia, generando a su favor dos ventajas: “*la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia.*”...

...Entonces, la acción penal contra los miembros del Congreso se adelanta en única instancia por la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, que no es solamente un tribunal de casación encargado del control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia (arts. 32.1, 180 y ss. L. 906 de 2004), y de revisión de las providencias señaladas al efecto (arts. 32.2, 192 y ss. *ib.*), sino la institución a la cual constitucionalmente se le ha encomendado el juicio de los más altos dignatarios del Estado (art. 235 Const., numerales 2°, 3° y 4°).

Así, a la Corte Suprema de Justicia le corresponde asumir la instrucción y el juicio, es decir, ejercer todo el *ius puniendi* del Estado, cuando de los miembros del Congreso se trate, a quienes el Constituyente les ha otorgado un fuero constitucional especial, señalando que ese alto tribunal no sólo es su juez natural, distinto del correspondiente a los demás ciudadanos, sino que la instrucción debe adelantarse en esa sede y no por la Fiscalía General de la Nación, ni por la Cámara de Representantes (art. 178.3 *ib.*), según sea el caso...

Debe recordarse que tratándose de la potestad de configuración, en particular sobre el juzgamiento de altos funcionarios por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia C-934 de

2006, previamente citada, se indicó que el legislador cuenta con un variado campo de acción:

*“Según la línea jurisprudencial recordada, (i) el juzgamiento de altos funcionarios por la Corte Suprema de Justicia no desconoce el debido proceso, porque obedece a las previsiones establecidas por el legislador en desarrollo de lo estatuido en la propia Carta; y (ii) el Legislador goza de potestad de configuración (a) para definir los cargos de los funcionarios que habrán de ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia, como quiera que el texto constitucional autorizó expresamente al legislador para atribuir funciones a la Corte Suprema de Justicia; (b) para distribuir competencias entre los órganos judiciales (artículo 234, CP); (c) para establecer si los juicios penales seguidos ante la Corte Suprema de Justicia serán de única o doble instancia, dado que el principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto, y el legislador puede definir excepciones a ese principio; y (d) para definir los mecanismos a través de los cuales se pueden corregir eventuales errores judiciales, como quiera que el legislador puede establecer las acciones o recursos disponibles para impugnar decisiones adversas o contrarias a derecho.”...*

... No implica, entonces, que dichos sujetos pasivos de la acción penal no gocen de las debidas garantías procesales que deben rodear a toda persona vinculada a una investigación penal, ni que haya contraposición con los artículos 13 y 29 de la Carta Política, ni con los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos en los cuales Colombia es un Estado parte; por el contrario, aunado a esas seguridades cuentan con el privilegio de que toda la actuación que curse en su contra se adelante por una pluralidad de juristas de reconocida probidad y la más elevada preparación y experiencia en la especialidad, de manera que asegura la ecuanimidad y resguarda la incolumidad en la correcta aplicación del derecho, lejos de circunstancias ajenas al proceso...

... Se arriba así a la conclusión de la carencia de fundamento en lo argumentado dentro de la demanda, como quiera que está demostrado que **no existe vulneración del derecho a la igualdad**, al ser distinta la situación fáctica y jurídica de los Senadores y Representantes a la Cámara, frente a otros aforados y, en general, ante todas las demás personas mayores de edad.

Claro está, además, que los Congresistas cuentan a cabalidad con las mismas garantías instituidas en la preceptiva penal sustancial (Constitución Política, bloque de constitucionalidad y la Ley 599 de 2000, junto con las normas que la modifican y complementan): dignidad humana, legalidad, igualdad y las consolidadas exigencias para el establecimiento de la responsabilidad, todo dentro del derecho de acceso a la administración de justicia, la gratuidad y la preeminencia del derecho sustancial<sup>4</sup>.

Hasta este punto, la Corte ratifica su jurisprudencia aunando lo resuelto en Sentencias: C-025 de 1993, C-142 de 1993, C-386 de 1996, C-561 de 1996, C-411 de 1997, C-873 de 2003 y C-934 de 2006.

### **2.5.2. Por evolución doctrinal, el cumplimiento futuro de las funciones de investigación y juzgamiento debe escindirse dentro de los miembros de la corporación constitucionalmente investida de esa competencia integral**

Aunque el precepto demandado no vulnera el derecho a la igualdad de los miembros del Congreso, por las razones expuestas con antelación, encuentra la Corte que el mismo debe ser analizado de cara a otros derechos, consagrados en la Constitución y, especialmente, reconocidos en el derecho internacional, atendiendo al efecto la doctrina y la jurisprudencia actual en materia procedimental, en particular, frente al derecho a un **juez imparcial**, en los desarrollos que trasnacionalmente ha venido presentando la búsqueda de un “juicio cada vez más justo”.

El artículo 29 de la Constitución Política colombiana consagra como derecho fundamental el debido proceso, enunciado para efectos del *ius puniendi* del Estado como la garantía que tienen las personas a ser juzgadas conforme a las leyes preexistentes al acto imputado, ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

La normatividad constitucional alude a la competencia del juez o cuerpo colegiado ante el cual se deba adelantar el proceso, garantía que ya no puede ser interpretada de forma restrictiva, habida cuenta

---

<sup>4</sup> *Ibidem*.

de que la misma Carta puntualiza que tratándose del reconocimiento de derechos humanos y la prohibición a su limitación, los tratados y convenios internacionales “*ratificados*” por el Congreso prevalecen en el orden interno (art. 93 ib.), por lo cual tienen pleno vigor esos acuerdos celebrados por el Estado colombiano y, como criterios auxiliares, serán observadas la jurisprudencia y la doctrina que internacionalmente vayan evolucionando.

Bajo tales supuestos, el debido proceso no sólo alude al derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, preconstituido al acto que se imputa, sino a que el mismo debe ser imparcial. Esta garantía está así mismo instituida en constituciones europeas, inspiradas en el *due process of law* del derecho anglosajón, para potenciar el valor de la neutralidad del juez y así consolidar el modelo acusatorio, consagrando que en todo proceso deberá existir contradicción entre las partes, en condiciones de igualdad y ante un juez imparcial.

En el universo jurídico y político se ha considerado tradicionalmente que la imparcialidad está suficientemente garantizada con la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto.

Entonces, lo que se busca con la amplificación de la imparcialidad también hacia su acepción objetiva es, en un cambio meramente procedimental, evitar que el funcionario que acopió los elementos necesarios en el adelantamiento de una actuación, que le llevó *verbi gratia* a proferir una resolución de acusación, -como en el presente evento correspondería según el procedimiento instituido en la Ley 600 de 2000 (que por cierto sigue y seguirá rigiendo durante bastante tiempo en acciones penales que cursen contra procesados distintos a los Congresistas, por delitos perpetrados antes de empezar los años 2005, 2006, 2007 y 2008, según el Distrito Judicial del acaecimiento)-, al haber estado en contacto con las fuentes de las cuales procede su convicción, la mantenga, entendiblemente ligado por preconceptos que para él han resultado sólidos.

Esto se evita, según se ha asumido doctrinalmente y en creciente número de legislaciones, con la separación funcional entre la instrucción y el juzgamiento, de forma que la convicción que el

investigador se haya formado previamente no se imponga en las decisiones que se adopten en el juicio, al quedar éstas a cargo de un servidor judicial distinto e independiente de aquél, con lo cual, también y especialmente, el sujeto pasivo de la acción penal superará la prevención de que su causa siga encaminada hacia tal o cual determinación final.

Así, lo aconsejado es determinar si quien actúa como juez ha tenido alguna actuación anterior que contingentemente le haya podido generar preconceptos con aptitud de comprometer su criterio al momento de actuar como juzgador.

Como la carta política sigue avalando y obligando a la Corte Suprema **a investigar y juzgar**, ella misma, a los Congresistas, la total exclusión del servidor judicial de cualquier actividad previa en el asunto que vaya a ser sometido a su juzgamiento, es en Colombia una vía para extremar a futuro la adecuación de los procedimientos a las evoluciones internacionales, que se reflejan en los tratados que forman el bloque de constitucionalidad.

Bajo tales supuestos, si bien el aparte demandado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 es exequible, la dinámica del derecho impone que a partir de la expedición de esta providencia, para efectos de los procesos adelantados contra quienes ostenten la calidad de aforados conforme al artículo 235.3 superior, por conductas punibles cometidas con posterioridad a la misma, el legislador adopte en ejercicio de las facultades estatuidas en el artículo 234 *ibidem* las medidas necesarias para que sea separada, dentro de la misma Corte Suprema como juez natural en estos casos, la función de investigación de aquella correspondiente al juzgamiento.

Así, esta corporación reclama una modificación legislativa, encaminada a que durante el juicio no actúe ninguno de los magistrados o funcionarios a cargo de la instrucción, que en lo atinente a hechos futuros será encomendada a una sala, cuerpo, sección o funcionario distinto, vinculado a esa misma corporación, que posteriormente no podrá intervenir en el juzgamiento, si a éste hubiere lugar.

Precisa la Corte Constitucional que dicho cambio de percepción, de naturaleza estrictamente procedimental, no tendrá ni podría tener efectos retroactivos, ni dará lugar a la aplicación del principio de

favorabilidad, en procesos que se hayan adelantado o estén en curso en la Corte Suprema de Justicia bajo el modelo vigente, ni los que no se hayan iniciado por delitos cometidos con anterioridad a la fecha de esta sentencia.

El artículo 29 de la Constitución consagra el principio de favorabilidad, que como excepción a la irretroactividad de la ley, conlleva que en materia penal la ley permisiva o favorable, aunque sea posterior, se aplique de preferencia a la restrictiva o desfavorable, principio desarrollado en el inciso 2° del artículo 6° de cada una de las Leyes 599 y 600 de 2000 y 906 de 2004, dentro del principio de legalidad, donde además de especificar en la primera que ese beneficio cubre también a los condenados, los códigos procesales de 2000 y 2004 puntualizan que dicha favorabilidad aplica sobre la “ley procesal de efectos sustanciales”.

El aparte demandado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, texto que sobra repetir que fue observado, estudiado, constatado, verificado, acordado, votado, aprobado y expedido por los Senadores y Representantes a la Cámara que entonces integraban el Congreso de la República, comporta una norma simplemente instrumental, de aplicación inmediata, sin que de una diferente elucidación hacia el futuro puedan devenir y menos prosperar reclamos de favorabilidad, pues simplemente señala la ritualidad de un procedimiento reglado por el legislador de 2000, el cual se adelanta desde la expedición de la Constitución de 1991, como en la actualidad, por la misma corporación.

Conclusión ineludible de los profundos análisis efectuados, es que a partir de esta providencia y precisamente por lo en ella determinado, en este ámbito no puede haber lugar a la aplicación del principio de favorabilidad, ni a excepción de inconstitucionalidad, toda vez que con ocasión de la cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), los operadores judiciales no pueden inaplicar normas que han sido declaradas exequibles por esta corporación, con efectos de obligatoriedad y *erga omnes*, como ocurre con el aparte demandado, frente al cual se ha efectuado un control integral...

Así esta corporación, como conclusión de su intenso estudio, precisa que todos los procesos adelantados o concluidos bajo el esquema actual mantienen plena su constitucionalidad y legalidad; pero sí resulta constitucionalmente importante y por razones

procedimentales, que para el futuro el Congreso de la República, a través de su función de hacer las leyes, avance en el sentido de las interpretaciones más acogidas en torno a la apreciación de los tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos, para el caso en cuanto a la actual intelección de la imparcialidad del juzgador, que se adapta de mejor manera si, en la situación bajo estudio, se separan al interior de la propia Corte Suprema de Justicia esas funciones de investigación y juzgamiento. Lo anterior conduce a declarar la exequibilidad de la expresión “*Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000*”, del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, objeto de la demanda formulada, en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, de acuerdo con las consideraciones expuestas con antelación, para las conductas punibles cometidas por aquéllos a partir de mayo 29 de 2008, para de esta manera mantener invariable e igualitaria la misma normatividad competencial y procedimental que legal y constitucionalmente rige para todo lo acaecido hasta ahora.

El legislador establecerá el respectivo régimen de transición, si lo estima pertinente, acatando los efectos *erga omnes* y no retroactivos de esta sentencia, frente a delitos cometidos con anterioridad a su expedición, así aún no estén siendo investigados.

Cabe repetir finalmente que, al haber quedado definida la exequibilidad del texto legal acusado, dentro de las circunstancias analizadas y decididas mediante esta providencia, no habrá lugar a excepciones de inconstitucionalidad.

### **Decisión**

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### **RESUELVE**

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000*”, contenida en el inciso primero del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que

el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para las conductas punibles cometidas a partir del 29 de mayo de 2008.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase<sup>5</sup>. (Lo subrayado es nuestro).

A esta conclusión arriba la Corte, basándose en diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, así como en jurisprudencia foránea que los desarrolla. En concreto; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros, así como, jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español. Sobre el contenido de algunos de estos instrumentos, trataremos en la fase de análisis.

### 3. ANÁLISIS

#### 3.1. Los sistemas inquisitivo, acusatorio y mixto

La ciencia del derecho procesal penal se ha encargado de determinar las diferencias puntuales entre los modelos inquisitivo y acusatorio<sup>6</sup>. Sin embargo, en el tráfico jurídico, son frecuentes los desacuerdos al momento de señalar las características que delimitan las fronteras entre uno y otro sistema. Estas discrepancias, a nuestro modo de ver, se originan por la falta de un cabal entendimiento de lo que es el llamado sistema acusatorio formal, o mixto, cuya configuración estructural, es el resultado de la confluencia de instituciones pertenecientes a los dos primeros. Éste último, surgido históricamente tras la importación de figuras de los dos extremos, ha llegado a formar muy variados sistemas en muy diversos países, en los que preponderan elementos del modelo inquisitivo, en unos,

---

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> El término preciso es el de adversarial, proveniente del Common Law, con el cual se designa el modelo procesal penal, cuyos intervinientes (acusación y defensa) tienen la calidad de partes y obran en igualdad de condiciones.

y elementos del modelo acusatorio, en otros, como el vigente en Colombia con la promulgación de la Ley 906 de 2004.

La tendencia actual es la globalización del sistema acusatorio, siendo que este es el modelo procesal con que históricamente se identifica el garantismo penal. De ahí, que muchos países, incluido Colombia, hayan hecho el tránsito en sus sistemas, o a lo menos, modificado los existentes, en busca de una mayor garantía de los derechos humanos, piénsese en la economía, celeridad, eficacia y en fin, las garantías que ofrece. Ello, no significa que el sistema colombiano anterior - Ley 600 de 2000 - no fuese un sistema respetuoso de los mismos, sino que se optó por una vía en la que se verían mejor salvaguardados - Ley 906 de 2004 -, de acuerdo con las directrices contemporáneas.

Partiendo de ese estado de cosas, se preguntarán, por qué hablamos de un sistema mixto y no hacerlo de uno inquisitivo o acusatorio, propiamente dicho, términos con que se han identificado nuestros últimos dos estatutos procesales penales, respectivamente. Sobre esto nos dedicaremos en este acápite y luego de una revisión de tratados internacionales, jurisprudencia y doctrina, podrá comprenderse el porqué de la cuestión. Además, podremos observar cómo la Procuraduría y la Fiscalía General de la Nación, en su momento, al intervenir en la sentencia que motiva este trabajo, incurren en imprecisiones, jalonando con ello graves consecuencias, por una incorrecta apreciación de los conceptos inquisitivo, acusatorio y mixto.

Iniciemos por precisar, que como inquisitivo y acusatorio se tienen, estructural o formalmente entendidos, dos extremos radicalmente opuestos, que pueden explicarse así;

...se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré *inquisitivo* a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegando al juicio después de una

instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa<sup>7</sup>.

Esto no significa que los dos extremos sean del todo irreconciliables, puesto que a “ambos se pueden asociar sistemas diversos de garantías, tanto orgánicas como procesales”<sup>8</sup>, como lo son, las contempladas en los derechos humanos. Así que, independientemente de que el sistema acusatorio favorezca modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad<sup>9</sup>, y el sistema inquisitivo, tienda a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados en el enjuiciamiento<sup>10</sup>, éstas vienen siendo diferencias, que en la actualidad, no deben trascender más allá del plano eminentemente formal o estructural, es decir, en nada pueden llegar a incidir en garantías fundamentales, como la del *Nullum iudicium sine accusatione* o principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación<sup>11</sup>.

Para una mejor asimilación de lo dicho, es preciso indagar un poco en la historia de ambos sistemas. “Es pacífico que el proceso penal de la antigüedad, como se configura en Grecia y en la Roma republicana, tiene una estructura esencialmente acusatoria, a causa del carácter predominantemente privado y de la consiguiente naturaleza arbitral tanto del juez como del juicio”<sup>12</sup>. “Es precisamente de esta naturaleza *privada* o polar –y en cualquier caso voluntaria– de la acción penal de donde derivan, en el proceso romano *ordinario*, los caracteres clásicos del sistema acusatorio, es decir la discrecionalidad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, la naturaleza del proceso como controversia basada en la igualdad de las partes<sup>13</sup>”, entre muchas otras.

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta, 2001. 564 p.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*. 93 p.

<sup>12</sup> *Ibidem*. 564-565 p.

<sup>13</sup> *Ibidem*. 565 p.

Con el advenimiento del periodo imperial, los *crimina laesae maiestatis* como una categoría de *delicta publica*, por la naturaleza de la ofensa -atentado directo contra los intereses del príncipe- dieron vía libre a la persecución de oficio<sup>14</sup>. En esas circunstancias, “la acusación pública fue sustituida por la fatal denuncia y por la oculta calumnia, que se convirtieron en un instrumento de la tiranía”<sup>15</sup>. Así, con la *cognitio extra ordinem* del derecho imperial romano, nace el proceso inquisitivo<sup>16</sup> en su faceta oscura<sup>17</sup>, “tramitado y decidido *ex officio*, en secreto y sobre documentos escritos, por magistrados estatales delegados del príncipe (los *irenarchi*, los *curiosi*, los *nunciatores*, los *stationarii*), basado en la detención del acusado y su utilización como fuente de prueba, muy pronto acompañada de la tortura”<sup>18</sup>.

Luego de la caída del imperio romano, esta modalidad de proceso fue ampliamente utilizada durante la edad media por el estado absolutista, particularmente más recordado, en los juicios de la santa inquisición. Fue con la revolución francesa y la entrada en escena del periodo de la ilustración, con los cuales se emprendió un combate frontal contra las atrocidades de la monarquía, lo cual terminó perfeccionándose en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyos principios orientaron hacia el retorno a un sistema acusatorio<sup>19</sup>. Sin embargo;

“(L)a experiencia acusatoria no duró en el continente europeo más que los años de la revolución. Ya el código termidoriano de 1795 y después el napoleónico de 1808 dieron vida a aquel monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, que fue llamado proceso mixto, predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> O mejor, inquisitorial.

<sup>17</sup> *Ibidem*. 565 p.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*. 566 p.

del enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase”<sup>20</sup>.

Amén del desacierto que representó dicha unión, en tanto que reputado como sistema mixto, el modelo napoleónico es notoriamente más inquisitivo que acusatorio; es preciso reconocer que este sistema se esparció con gran rapidez por todo el continente europeo y, por supuesto, llegó también hasta nosotros. Los únicos vestigios del sistema acusatorio originado en la Roma republicana que permanecieron incólumes, fueron los de Inglaterra y Estados Unidos, los cuales perduran hasta el día de hoy, habiendo evolucionado bajo el rótulo de *adversary systems*. Son estos, los sistemas que hoy se califican como adversariales o acusatorios puros, a cuya tendencia inclinan Códigos como el colombiano, expedido mediante la Ley 906 de 2004.

Conforme a lo anterior, es visible que por inquisitivo se puede entender hoy, por un lado, aquel sistema arbitrario, inhumano y degradante, utilizado por la Roma imperial y luego por la santa inquisición, acompañado de la tortura como medio lícito para la consecución de la prueba, en donde al reo no se le respetan los más elementales derechos.

Por otro, el sistema ideado con posterioridad a la revolución francesa, cuya composición estructural es el resultado de la importación de elementos únicamente formales<sup>21</sup> del indicado en el párrafo anterior, escúchese bien, únicamente formales, que pese a provenir de aquella infortunada costumbre histórica, al momento de unificarse con algunos del acusatorio, formaron un sistema en el que la confluencia de factores, aun los del primero, no viera afectados los logros de los revolucionarios franceses, resultando en todo caso, ajustado a los postulados del entonces naciente estado de derecho.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Como lo son aspectos como el de la atribución del juez para la recolección de la prueba oficiosamente y la instrucción escrita, en todo caso, no tocantes con el tema sustancial o de garantías.

De manera que el término inquisitivo suele utilizarse en un sentido peyorativo, para designar el proceso inquisitorial<sup>22</sup>, y en sentido más apropiado, jurídicamente hablando, para identificar el modelo que definió las formas del actual proceso mixto -de tendencia inquisitiva-<sup>23</sup>, importado por el Estado colombiano, como en muchos otros países, del Código Napoleónico de Instrucción Criminal de 1808, ajustado, desde entonces, al principio *nullum iudicium sine accusazione* o de la separación entre juez y acusación.

Ello explica por qué es un sistema todavía vigente<sup>24</sup>, que en todo caso nunca debe ser confundido ni asociado con la tortura y la ausencia de garantías, características del propiamente llamado inquisitorial, en donde el reo carece de todo derecho. De lo anterior, conclúyase que Colombia pasó de un sistema mixto con preponderancia inquisitiva –como el Código Napoleónico– a uno mixto con preponderancia acusatoria, mixto en todo caso, como herencia napoleónica que constituye gran parte de nuestra tradición jurídica.

Sin más consideraciones al respecto, abordemos ahora el tema de cara a la sentencia en comento.

Tanto la Fiscalía, como la Procuraduría General de la Nación, solicitaron declarar la constitucionalidad de la norma demandada. Compartieron el argumento de que la concurrencia de las funciones

---

<sup>22</sup> **Inquisitorial.** Adj. Perteneciente o relativo al inquisidor o al antiguo Tribunal eclesiástico de la Inquisición. 2. Dicho de un procedimiento: Parecido a los del antiguo Tribunal eclesiástico de la Inquisición. **Inquisidor, ra.** (Del lat. *Inquisitor, -oris*). Adj. Que inquiera. U. t. c. s. 2. m. Juez eclesiástico que conocía de las causas de fe. **Apostólico.** m. El nombrado por el inquisidor general para entender, a título de delegado, dentro de una marcación eclesiástica, en los negocios pertenecientes a la Inquisición, principalmente en los nombramientos de familiares, jueces de causas, etc. **De Estado.** m. En la república de Venecia, cada uno de los tres nobles elegidos del Consejo de los Diez, que estaban diputados para inquirir y castigar los crímenes de Estado, con poder absoluto. Diccionario RAE, vigésima segunda edición.

<sup>23</sup> **Inquisitivo.** (Del lat. *Inquisitivus*. Adj. Perteneciente o relativo a la indagación o averiguación. 2. Que inquiera y averigua con cuidado y diligencia las cosas o es inclinado a ello.

<sup>24</sup> Piénsese en la Ley 600 de 2000 o en el actual sistema Mexicano, como ejemplo foráneo.

de investigación y juzgamiento en cabeza de la Corte, atiende la naturaleza inquisitiva del proceso que ante ella se surte –Ley 600 de 2000–, y en ese orden de ideas, la aplicación del sistema acusatorio –Ley 906 de 2004– resulta improcedente, en tanto uno de sus rasgos característicos es la distinción entre el funcionario encargado de la investigación y el del juzgamiento.

De acuerdo a todo lo dicho respecto de la evolución histórica de los sistemas inquisitivo y acusatorio, en particular lo referente al sistema mixto como resultante de la unión de esas dos tradiciones, que se afirmó con gran fuerza después de la revolución, cabe preguntarse ¿a qué se refieren los intervinientes, cuando emplean el término sistema inquisitivo, identificándolo como un modelo en el que es natural encargar a un mismo funcionario las funciones de investigación y juzgamiento?

Decíamos más arriba que se llamó mixto el sistema napoleónico llamado a regir para el periodo postrevolucionario, que de tendencia inquisitiva, se arraigó en todo el mundo de tradición continental europea. En otro sentido, llamamos inquisitorial al régimen déspota de la era monárquica, donde los ciudadanos carecían de derechos y garantías frente al poder omnímodo del Estado absolutista.

Sólo en este último encontraría asidero la conclusión de los intervinientes, pues sólo ante la inexistencia del estado de derecho, correspondiente al periodo prerrevolucionario, era posible que un mismo funcionario -en nombre del rey- investigara, torturara, acusara y juzgara. De manera, que la observación que merece la vista de los intervinientes se encamina, en primer lugar, a corregir el concepto errado, que del término inquisitivo proponen.

Con amplitud se expuso, que el sistema mixto napoleónico, que hoy la gran mayoría identifica con el apelativo de inquisitivo por su tendencia, fue edificado sobre la base de un naciente estado de derecho, cuyo punto cardinal era la legalidad. Esta orientación, salvaguardaba el principio del que hemos hecho mención en varias ocasiones; el *nullum iudicium sine accusatione* o de la separación entre juez y acusación.

En este orden de ideas, si para los intervinientes el sistema inquisitivo –Ley 600 de 2000– aplicable en la Corte Suprema de Justicia, no es compatible con la idea de una acusación separada funcionalmente del juzgamiento, están haciendo una referencia al régimen prerrevolucionario inquisitorial y no al sistema mixto de tendencia inquisitiva, surgido del Código de Napoleón.

Esta imprecisión resulta en todo caso grave, pues de ella dimana una petición de exequibilidad sustentada sobre una apreciación incorrecta de los orígenes e instituciones de los últimos dos sistemas procesales penales en Colombia.

Del razonamiento de los intervinientes se infiere que la desconcentración funcional de la investigación y el juzgamiento, es un rasgo propio del nuevo modelo procesal, que no comparte el anterior. Sin embargo, apropiarnos de esta conclusión resulta a todas luces impropio. De un simple vistazo a las disposiciones de los Códigos de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004<sup>25</sup>, se evidencia que tanto en uno como en otro, la investigación y el juzgamiento corresponden a organismos y funcionarios diferentes. Esta desconcentración funcional se erige hoy como una garantía mínima del proceso penal, de acuerdo con los postulados de los Derechos Humanos y por consiguiente de la Constitución Política de Colombia.

De ahí que las consideraciones, tanto de la Procuraduría como de la Fiscalía General de la Nación, resulten totalmente inconsecuentes con la razón de ser de dicha separación orgánica, que como hemos dicho, atiende una razón sustancial que hunde sus raíces en los Derechos Humanos y en la Carta Política, que corresponde tanto al procedimiento contemplado en la Ley 600 de 2000, como en la Ley 906 de 2004, no tratándose de una mera diferencia instrumental o formal, como pretenden hacerlo ver.

No a otra conclusión se llega, cuando se da un vistazo a la jurisprudencia extranjera, que como fundamento cita la sentencia, en consideración

---

<sup>25</sup> Artículo 26 de la Ley 600 de 2000 y Artículo 66 de la Ley 906 de 2004, relativos a la acción penal.

al derecho a un juez imparcial como garantía judicial, prevista en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia<sup>26</sup>.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Español ha señalado oportunamente:

*“En sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos venimos distinguiendo entre imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva. La primera exige que el Juez considere asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de clase alguna, ni directo o indirecto. **La imparcialidad objetiva puede darse cuando los Magistrados no han tenido contacto anterior con el thema decidendi, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto.**”*<sup>27</sup> (No está en negrilla en el texto original.)

Con mayor precisión, en pronunciamiento anterior expuso:

*“No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 de la L.E.Cr.). Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. **Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso ‘De Cubber’, de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso ‘Piersack’, de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en***

---

<sup>26</sup> Artículo 10 Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 11 de enero 17 de 2000, citada en la Sentencia C-545 de 2008.

*esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados.*

*Es de señalar también que a las mismas conclusiones ha llegado el TEDH interpretando el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. El citado artículo del Convenio, de conformidad con el cual deben interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, afirma el derecho de toda persona a que su causa sea oída 'por un Tribunal independiente e imparcial'. Pues bien, en su citada Sentencia 'De Cubber', el TEDH entendió que la actuación como Juez en el Tribunal sentenciador de quien había sido Juez Instructor de la causa suponía, por las razones ya expuestas, una infracción del derecho al Juez imparcial consagrado en el citado artículo del convenio.<sup>28</sup>' (No está en negrilla en el texto original.)*

Con acierto, la Corte Constitucional recoge esta doctrina, aunque tardíamente venga a ser parte de la nuestra. Además, no sobra una última anotación, reiterando alguna de las consideraciones de la Procuraduría General de la Nación. A juicio del Ministerio Público, basándose en su premoderno concepto de lo inquisitivo, el hecho de que la Corte asuma la instrucción y el juzgamiento de una misma causa, tratándose de los miembros del Congreso, resulta razonable, coherente y proporcional.

Ni razonable, ni coherente, ni proporcional, como hemos visto, resulta concebir el procedimiento ante la Corte, tal como estaba planteado antes del pronunciamiento que aquí analizamos.

Dos conclusiones afloran de esta primera parte del análisis;

1. Concebir un proceso penal en el que un mismo órgano o funcionario concentra las funciones de investigación y

---

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 145 de 1988, citada en la Sentencia C-545 de 2008.

juzgamiento, no se ajusta a los derechos y garantías que otorgan nuestra Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

2. La desconcentración de las funciones de investigación y juzgamiento es una garantía que se predica, tanto de la aplicación del Código de Procedimiento Penal anterior – Ley 600 de 2000 – como del actual – Ley 906 de 2004.

### **3.2. La competencia de la Corte para investigar y juzgar no impide la desconcentración de dichas funciones al interior de esa corporación**

Como complemento de lo anterior, ahora cabe preguntarse, si bien al interior de la Corte Suprema de Justicia deben escindirse las funciones de investigación y juzgamiento, ¿como se surtirán estas funciones a futuro?

Para dar una posible respuesta a este interrogante, lo más idóneo es remitirse a lo que hoy es marco de referencia en este asunto, La Corte Penal Internacional. Siendo el órgano calificado para procesar los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad y con jurisdicción, hoy por hoy, en la mayoría de países del mundo, su composición y Estatuto es el resultado de la confluencia de diversas tradiciones jurídicas, particularmente las de common y civil law. De ahí, que podamos acuñar dos posibles respuestas, adaptables a nuestro ordenamiento jurídico, para el interrogante que nos hemos planteado.

La primera, con consecuencias más garantistas, sería reproducir el modelo de la Corte Penal Internacional, en donde la labor de instrucción o investigación la ejerce un fiscal, y el juzgamiento, los magistrados o jueces propiamente dichos<sup>29</sup>. El problema que esta solución plantearía, es que la propia Constitución es la que encomienda esta doble función a la Corte Suprema, la cual debiendo hoy separarse, no la sustrae de esa competencia otorgándosela a la Fiscalía.

---

<sup>29</sup> Artículos 15, 34 y 39 Núm. 2 Lit. (a) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La segunda, por razón del inconveniente que acabamos de exponer, es la que ordena la Corte Constitucional, que no consiste más que en separar las susodichas funciones, radicándolas en cabeza de distintos magistrados, pero dejando en todo caso las dos atribuciones a la misma Corte.

Como quiera que sea, lo que vale la pena rescatar de esta breve reflexión, es que, sea la misma Corte o concurriendo la Fiscalía, dichas funciones deben radicar en cabeza de distintos funcionarios, en tanto es una garantía fundamental para edificar un proceso justo.

Así mismo, debe también rescatarse que dicha separación funcional, aun tratándose de una misma corporación, es perfectamente realizable, por no decir necesaria. De manera, que esta transformación es ya una realidad en nuestro ordenamiento<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> En atención al pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-545 de 2008, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia adicionó el reglamento general de esa corporación por medio del Acuerdo 001 de 2009, en los siguientes términos: “**Artículo 55.** *Las investigaciones en materia criminal, que en virtud de las atribuciones constitucionales o legales deba adelantar en única instancia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia serán repartidas a los tres Magistrados que conforme a las directrices fijadas por esa Sala se encuentren en turno para tal efecto. La Sala establecerá los criterios para determinar cual de ellos actuará como acusador. La función de juzgamiento será cumplida en cada caso por los seis Magistrados restantes; de presentarse un empate respecto de un proyecto de decisión, se sorteará un conjuez. Artículo 56.* *Presentada la notitia criminis y establecida la competencia, se someterá a reparto entre los mencionados Magistrados de instrucción, estando a cargo de aquellos a los cuales les corresponda el asunto el adelantamiento de la fase de investigación, así como la calificación del sumario. Artículo 57.* *Las funciones de juzgamiento serán cumplidas por los seis Magistrados restantes y sus decisiones se adoptarán por la mayoría de votos. Parágrafo. Los Magistrados instructores quedarán impedidos para actuar como falladores en la fase de juzgamiento, debiendo atender en esta segunda etapa alguno de aquellos la labor que compete al acusador. Artículo 58.* *Las actuaciones y decisiones adelantadas y adoptadas, tanto en la investigación como en el juzgamiento serán de única instancia, se seguirán y adoptarán de acuerdo con la Ley 600 de 2000. Si bien la Corte Suprema adopta el nuevo direccionamiento del juez constitucional, se trata de un acatamiento parcial, en tanto que estas disposiciones exigen consagración legal, más aún, cuando se trata de normas de orden público.*

### 3.3. El efecto modulativo de la sentencia no puede redundar en perjuicio de otras garantías fundamentales

Si bien, ya pudo dilucidarse algo de las consecuencias importantes del fallo, pasamos ahora a analizar lo que pueden ser los efectos catastróficos del mismo. Como bien se observó, el texto de la norma demandada fue declarado exequible y se le condicionó ordenando la tan reiterada separación de funciones. Sin embargo, el análisis de la Corte Constitucional no terminó allí y se extendió al punto de la favorabilidad, en consideración de la multiplicidad de procesos que hoy se ventilan ante la Corte Suprema, ante posibles peticiones de modificar la ritualidad de los procedimientos.

A juicio de la Corte Constitucional, la modificación que el pronunciamiento representa no repercute más allá de lo eminentemente procedimental o instrumental, y en ese orden de factores, ninguna petición de favorabilidad estaría llamada a prosperar, en tanto este beneficio se predica únicamente de la ley de efectos sustanciales, no de la procesal, que surte efectos inmediatos y hacia el futuro.

A nuestro modo de ver, la sentencia, si bien por un lado salvaguarda con acierto preciadas garantías, como la del *nullum iudicium sine accusatione*, por otro, las aniquila, restringiendo el derecho al debido proceso negando, anticipadamente, cualquier petición de favorabilidad.

Debemos iniciar por precisar, que con todo lo dicho hasta el momento, la modificación que con esta sentencia se postula escapa de lo meramente instrumental, arraigándose más bien en lo puramente sustancial, cuando raya con garantías fundamentales.

Al respecto, téngase en cuenta que; La legislación imperante consagra el principio general de la prohibición de la aplicación extraactiva de la ley penal, salvo los casos de favorabilidad (Const. Pol., art. 29.3; PIDCP, art. 15; CASDH, art. 9; C.P., art. 6, incs. 1, 3 y 4; C. de P. P., art 6 inc. 2 y Ley 153 de 1887, arts. 40 a 44), sin distinciones de ninguna índole, trátase de supuestos de hecho delictivos o contravencionales, de penas o medidas de seguridad,

todo ello en tratándose tanto de normas sustantivas como procesales o de ejecución penal. Es más, incluso puede invocarse la aplicación retroactiva en casos de pronunciamientos expedidos por la Corte Constitucional y/o los organismos competentes para ello, cuando dicho organismo declara inexecutable disposiciones de índole penal, o cuando cambia su jurisprudencia<sup>31</sup>.

Ahora, de las normas procesales se suele decir que aquellas que fijan jurisdicción, competencia, ritualidades o formalismos del proceso, no admiten aplicación extraactiva por ser de ejecución inmediata, en tanto se trata de normas neutras. Sin embargo, teniendo en cuenta los efectos y la valoración social que implican<sup>32</sup>, resultaría equívoco afirmar que una norma procesal no surte también una consecuencia sustancial.

---

<sup>31</sup> VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal Parte General*, ed. Comlibros, 2009; *Al respecto, también ROXIN, C. afirma, "naturalmente que se dan muchas acciones en las que su autor había confiado de modo no reprochable en una determinada jurisprudencia e incluso había recabado asesoramiento jurídico a tal efecto; y en dichos supuestos seguramente no es lícito castigar al sujeto por su confianza en el Derecho en caso de que haya un cambio posterior de jurisprudencia. Pero en tal caso la absolución se producirá de todos modos por haber un error de prohibición no culpable"*, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 166, Editorial Civitas S.A., 1997. *Es decir, no reconoce la aplicación extraactiva de la jurisprudencia de un modo absoluto, sino con el reconocimiento del error de prohibición en aquellos casos en que un cambio jurisprudencial pueda resultar desfavorable; En el mismo sentido JAKOBS, G. anota, "(p)or lo demás, la regulación del error de prohibición del 17 StGB protege ante la exigencia excesiva al autor en caso de cambio de jurisprudencia"*, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 128, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1995. *También en; ZAFFARONI, E., ALAGIA, A., SLOKAR, A., se lee, "(c)uando una acción que hasta ese momento era considerada lícita pasa a ser tratada como ilícita, en razón de un nuevo criterio, no puede serle reprochada al agente, porque eso equivaldría no sólo que los habitantes deban abstenerse de lo que la jurisprudencia considera legalmente prohibido, sino también de lo que podría llegar a considerar prohibido en función de posibles e innovadores criterios interpretativos. No se trata de una cuestión de legalidad ni de tipicidad, sino de una cuestión de culpabilidad, que debe plantearse como error de prohibición invencible"*, *Derecho Penal Parte General*, p. 126, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.

<sup>32</sup> VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal Parte General*, ed. Comlibros, 266-267p., 2009.

Pudo evidenciarse, que cuando se separan las funciones de investigación y juzgamiento, lo que se busca es una mayor garantía de la imparcialidad del juez, y no siendo este un elemento instrumental, ni mucho menos neutro, no cabe duda de que nos enfrentamos a una modificación directamente incorporada a la garantía del debido proceso. En este orden de ideas, mal afirma la Corte que al separar las funciones de investigación y juzgamiento se lidia con un tema procedimental.

Por otro lado, se observa cómo el razonamiento anterior se predica de un efecto modulativo que se da a la sentencia. Si bien, en uso de esta atribución pueden distinguirse diversos tipos de modulación<sup>33</sup>, esta vía de argumentación jurídica no puede ser óbice para limitar o eliminar garantías otorgadas por la misma Constitución, como lo son; el principio de favorabilidad y la excepción de inconstitucionalidad<sup>34</sup>.

En este sentido, el razonamiento de la Corte, aun pudiendo considerarse como interpretativo, hace nugatorio el derecho al debido proceso, tal y como está concebido, en punto de la ley penal más favorable.

#### 4. CONCLUSIONES

1. Concebir un proceso penal en el que un mismo órgano o funcionario concentra las funciones de investigación y

---

<sup>33</sup> Se pueden identificar varios tipos de modulación, según ésta recaiga sobre su contenido o sobre sus efectos temporales. Sobre el contenido se pueden nombrar las sentencias interpretativas, sustitutivas e integradoras; y desde el punto de los efectos temporales, se pueden identificar las retroactivas y las diferidas. Boletín No. 17 del Instituto de Estudios Constitucionales de la Escuela de Derecho. La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en Colombia, por Miguel Ocampo Gómez. 8 p. Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, marzo de 2009.

<sup>34</sup> En Sentencia C-545 de 2008, el Magistrado Humberto Sierra Porto salvó el voto afirmando que pese a tratarse de una sentencia interpretativa, podría ser asimilada a una con efectos diferidos, toda vez que en virtud del principio de favorabilidad en materia penal, no resulta posible fundamentar constitucionalmente que una misma ley inconstitucional es válida para unos casos y para otros no. Así, como también es enfático en que no resulta posible disponer del alcance de la figura de la excepción de inconstitucionalidad ni petrificar las eventuales nulidades procesales que derivaren de la aplicación de la ley inconstitucional.

juzgamiento, no se ajusta a los derechos y garantías que otorgan nuestra Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

2. La desconcentración de las funciones de investigación y juzgamiento es una garantía que se predica, tanto de la aplicación del Código de Procedimiento Penal anterior – Ley 600 de 2000 – como del actual – Ley 906 de 2004.
3. Las funciones de investigación y juzgamiento deben radicar en cabeza de distintos funcionarios, en tanto es una garantía fundamental para edificar un proceso justo. Dicha separación funcional, aun tratándose de una misma corporación, es perfectamente realizable, por no decir necesaria.
4. Amén del efecto modulativo que se le puede dar a una sentencia, ello no puede redundar en perjuicio de otros derechos fundamentales.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina:

1. VELÁSQUEZ V, Fernando. Derecho Penal Parte General, Ed. Comlibros. 2009.
2. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
3. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997.
4. JAKOBS, Gunther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1995.
5. ZAFFARONI, Eugenio Raúl., ALAGIA, Alejandro., SLOKAR, Alejandro., Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.
6. Boletín No. 17 del Instituto de Estudios Constitucionales, Escuela de Derecho. La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en Colombia, por Miguel

**Tratados Internacionales:**

7. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
8. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
9. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
10. Convención Americana de Derechos Humanos.

**Normas jurídicas nacionales:**

11. Constitución Política de Colombia.
12. Ley 153 de 1887.
13. Ley 599 de 2000.
14. Ley 600 de 2000.
15. Ley 906 de 2004.
16. Acuerdo 001 de 2009, adoptado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

**Jurisprudencia:**

17. Sentencia C-025 de 1993.
18. Sentencia C-142 de 1993.
19. Sentencia C-386 de 1996.
20. Sentencia C-561 de 1996.
21. Sentencia C-411 de 1997.
22. Sentencia C-873 de 2003.
23. Sentencia C-934 de 2006.
24. Sentencia C-545 de 2008.
25. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 145 de 1988, citada en la Sentencia C-545 de 2008.
26. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 11 de enero 17 de 2000, citada en la Sentencia C-545 de 2008.
27. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982 “Caso Piersack”, citada en la Sentencia C-545 de 2008.
28. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1984 “Caso De Cubber”, citada en la Sentencia C-545 de 2008.

# LA JUSTICIA REAL

*Ernesto Lucena Barrero*

Hacer un análisis sobre cualquiera de los puntos sobre la Teoría de la Justicia de John Rawls no es tarea fácil ya que el método utilizado puede volverse a veces confuso. Sin embargo ha dejado claro que la Justicia debe tener un punto de vista real y no aquel que otros filósofos utópicamente manejan. Por ello en esta breve disertación se buscará darle alcance a la concepción y aplicación de un procedimiento justo para llegar a la materialización de una razón pública verdadera.

La pregunta inicial que tendríamos que hacer sería **¿En qué situación está cada sociedad frente a la Justicia real?** Rawls hace una distinción entre la Justicia cuando se refiere a la negociación privada y la misma cuando se refiere a la negociación pública. La primera de ellas es una Justicia conmutativa, se mueve según el interés de las partes y su valoración es netamente subjetiva y en la segunda, en la negociación pública la justicia es distributiva, percibe satisfacer las necesidades de los ciudadanos. En otras palabras “es dar a cada cual lo que le corresponde”. Si tenemos en cuenta entonces estas dos ópticas del concepto de Justicia entendemos por supuesto que es el segundo de ellos el que debe valorarse cuando se busca en última instancia la Razón Pública.

Debemos partir de la base de que en los tiempos de crisis debe volverse a la realidad, es decir a las raíces y en ese orden de ideas se deben entender tres premisas fundamentales:

- Reconocer la desigualdad social y la natural.
- Aplicar la teoría delgada del bien personal.
- Proponer asimetría a favor del desfavorecido social.

Es importante hacer una precisión, que para Rawls es fundamental para poder comprender el verdadero significado de la Justicia. Ella no implica igualdad, las sociedades son desiguales pero siempre deben buscar ser justas y por último el fin del Estado no es hacer felices a sus asociados, simplemente armonizar unas condiciones para que mediante un procedimiento justo las personas disminuyan sus diferencias sociales.

Dado lo anterior, debemos atenernos a unos Principios de Justicia que son: La Igualdad de Libertad, la Igualdad de Oportunidades y el Principio de Diferencia.

La Igualdad de Libertad hace referencia a que todos los ciudadanos pueden desarrollarse con plenitud en el ejercicio de los Derechos derivados de este mismo, este es un principio básico dentro de la organización. Esto quiere decir que para que el ser humano que convive en un conglomerado social pueda ejercitar sus derechos debe partir de la base de una libertad plena frente a los demás, por supuesto respetando la órbita de ejercicio de sus semejantes. Frente al Principio de la Igualdad de Oportunidades lo que se busca, es decir, su objeto, debe ser una Justicia Pública sin prejuicios ya que los ciudadanos se juegan su ser social frente a lo básico, lo primordial, y lo fundamental. Se debe buscar la misma posibilidad de mínimos sociales que mejoren la estabilidad de los conciudadanos. Sabemos que existen desigualdades naturales, que de por sí crean diferencias a veces irremediables, son ellas las familiares, las personales y las condiciones fenoménicas.

Dichas desigualdades de algún modo deben ser asumidas por el individuo como un hecho cierto y jamás deben culpar al Estado o en su defecto a la razón pública por ello.

El principio de diferencia habilita en términos muy directos y pragmáticos a que cualquier ideología pueda estar inmersa dentro de los principios básicos de Libertad e Igualdad.

Así percibidas, estas desigualdades no entran en la razón pública, no son parte de su Ser y no le incumben porque desafortunadamente escapan de su órbita de acción.

Debemos hablar entonces de las desigualdades sociales, estas se ven en los Estados actuales fundamentalmente en las diferencias ante las posibilidades educativas, ante las posibilidades de empleo y por supuesto ante las posibilidades políticas. Estas sí son la fuente fundamental del estudio y del objetivo de la razón pública, porque en ellas radica el equilibrio de las sociedades más justas, por ello, debe darse a cada cual lo suyo. Así visto, las sociedades actuales al no comprender propiamente el significado de Justicia Real, sacrifican la razón pública en otras actividades sin haber cubierto antes lo esencial.

La manera mediante la cual los Estados deben procurar alcanzar el fin último de la razón pública es a través de un procedimiento justo que derive en los tres pilares fundamentales que son educación, empleo y sanidad. Dicho proceso tiene los siguientes fundamentos: Aceptar sociedades desiguales

- Persona moral.
- Decisión racional.
- Principios de Justicia.
- Convención Constitucional.
- Estructura social.

Es por ello que se deben seguir los preceptos donde se minimicen las diferencias sociales, donde la persona autónoma racional y digna sea cooperante y responsable de sus propias decisiones, donde en una mesa de negociación exista una posición original, un velo de ignorancia y una regla de máximos y mínimos, donde existan unos principios de igual Libertad y oportunidades respetando también el Principio de Diferencia, donde en la convención constitucional de los Estados se garanticen los mínimos principios fundantes que son la base de todo este proyecto, donde exista una garantía de mínimos personales, para así garantizar que el desfavorecido social y el “outsider” social puedan entrar en el marco de convivencia y entiendan su rol propio dentro de la sociedad.

Por lo tanto si los países y sus gobernantes en este siglo logran comprender la sinergia que debe existir entre el procedimiento de lo justo y la razón pública, podríamos acercarnos a un futuro más próspero en cuanto a Orden, Igualdad y Justicia Social.

