

Boletín Nº 22

del

Instituto de Estudios Constitucionales

Escuela de Derecho

DIRECTOR: LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO “POR MEDIO DEL CUAL SE REFORMA LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”

Fernando Londoño Hoyos

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Fernando Londoño Hoyos

INEMBARGABILIDAD DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL
DE PARTICIPACIONES

Luis Javier Moreno Ortiz

LATIN AMERICA FAILED LAW V. MICRATION OF IDEAS

Andrés Sarmiento Lamus

DESACATO A ÓRDENES JUDICIALES

Luis Javier Moreno Ortiz

Miguel Ocampo Gómez

NATIONALITY OF CORPORATIONS AND THE EXERCISE
OF DIPLOMATIC:

Shareholder's rights under international law

Andrés Sarmiento Lamus

SUJETOS PROCESALES EN EL PROCESO DISCIPLINARIO
DE LOS ABOGADOS

Luis Javier Moreno Ortiz



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO “POR MEDIO DEL CUAL
SE REFORMA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN MATERIA
DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”

© *Fernando Londoño Hoyos*

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

© *Fernando Londoño Hoyos*

INEMBARGABILIDAD DE LOS RECURSOS

DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES

© *Luis Javier Moreno Ortiz*

LATIN AMERICA FAILED LAW

V. MICRATION OF IDEAS

© *Andrés Sarmiento Lamus*

DESACATO A ÓRDENES JUDICIALES

© *Luis Javier Moreno Ortiz*

© *Miguel Ocampo Gómez*

NATIONALITY OF CORPORATIONS AND THE EXERCISE
OF DIPLOMATIC:

Shareholder's rights under international law

© *Andrés Sarmiento Lamus*

SUJETOS PROCESALES EN EL PROCESO DISCIPLINARIO
DE LOS ABOGADOS

© *Luis Javier Moreno Ortiz*

Primera edición: abril de 2010.

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

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda.

Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131 - 3 22 05 38 - 3 21 72 40.

www.usa.edu.co

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.

Corrección de Estilo: Rodrigo Naranjo

Bogotá, D.C.

ISSN: 1909-3977

Todo necio confunde valor y precio.
Antonio Machado



CONTENIDO

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO “POR MEDIO DEL CUAL SE REFORMA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA” <i>Fernando Londoño Hoyos</i> | 7 |
| EXPOSICIÓN DE MOTIVOS <i>Fernando Londoño Hoyos</i> | 21 |
| INEMBARGABILIDAD DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES <i>Luis Javier Moreno Ortiz</i> | 41 |
| LATIN AMERICA FAILED LAW V. MICRATION OF IDEAS <i>Andrés Sarmiento Lamus</i> | 49 |
| DESACATO A ÓRDENES JUDICIALES <i>Luis Javier Moreno Ortiz</i> <i>Miguel Ocampo Gómez</i> | 81 |
| NATIONALITY OF CORPORATIONS AND THE EXERCISE OF DIPLOMATIC: <i>Shareholder’s rights under international law</i> <i>Andrés Sarmiento Lamus</i> | 93 |
| SUJETOS PROCESALES EN EL PROCESO DISCIPLINARIO DE LOS ABOGADOS <i>Luis Javier Moreno Ortiz</i> | 107 |



**PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO
“POR MEDIO DEL CUAL SE REFORMA LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN MATERIA DE
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”**

Fernando Londoño Hoyos

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1º.- El Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

Artículo 29.- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La persona contra quien se inicie una acción, o pueda ser directamente afectada por sus resultados, tendrá derecho a ser notificada oportunamente de su existencia, y a presentarse a defender sus derechos. Si probare no tener medios económicos para intervenir en el proceso, se le nombrará un defensor de oficio o actuará el defensor de los pobres. El ministerio público vigilará las causas en que el demandado o convocado no se presentare y podrá actuar en su defensa. Las partes de cualquier proceso tendrán derecho a ser oídas, a presentar pruebas y a intervenir en su práctica, a contradecirlas y a recibir pronta y cumplida solución a sus pretensiones. La ley determinará expresamente cuáles recursos procederán contra las providencias judiciales y los actos administrativos.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

ARTÍCULO 2º.- El artículo 34 de la Constitución quedará así:

Artículo 34.- Se prohíben las penas de destierro, prisión y confiscación.

Por decisión judicial. o por decisión administrativa debidamente motivada, podrá declararse extinguido el dominio de bienes cuyo titular no pueda sustentar su legítima procedencia. La ley reglamentará la materia

ARTÍCULO 3º.- El artículo 86 de la Constitución quedará así:

Artículo 86.- Toda persona, natural o jurídica, tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces no colegiados, competentes de acuerdo con la ley, en todo momento y mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de los derechos fundamentales de que trata el Capítulo I del Título II de la Constitución, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

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

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como

mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No habrá tutela contra decisiones judiciales, ni a través de ella podrán los jueces imponer a las autoridades públicas obligaciones de imposible cumplimiento o que supongan alterar las Leyes, Ordenanzas o Acuerdos del Plan de Desarrollo o del Presupuesto Nacional, Departamental o Territorial.

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

La Ley establecerá taxativamente los casos en los que la acción de tutela proceda contra particulares encargados de la prestación de un servicio público y cuya conducta afecte grave y directamente el interés particular del solicitante, o respecto de quien se halle en estado de indefensión.

ARTICULO 4º.- El artículo 116 de la Constitución quedará así:

Artículo 116.- La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Fiscalía General de la Nación, los órganos de la justicia penal militar, los tribunales y los jueces prestan el servicio público esencial de la administración de justicia.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

La ley estimulará la acción de los particulares para resolver conflictos que versen sobre derechos de contenido patrimonial, a través de procedimientos de conciliación, amigable composición y arbitraje. Los conciliadores, amigables componedores y árbitros designados por las partes, de acuerdo a la ley, también administran justicia.

En determinado tipo de contratos de ejecución sucesiva, se podrá prever la operación continuada de organismos arbitrales.

ARTÍCULO 5°.- El artículo 118 de la Constitución quedará así:

Artículo 118.- El ministerio público será ejercido por el procurador general de la nación, por el defensor del pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público destacados ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales en aquellos municipios en los que la procuraduría y la defensoría del pueblo no presten ese servicio, y por los demás funcionarios que determine la ley.

Al ministerio público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

ARTÍCULO 6°. El artículo 125 de la Constitución quedará así:

Artículo 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

La ley dispondrá la creación de una carrera especial en la administración de justicia, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil. En esta carrera especial, será regla el ingreso por concurso y su remoción se hará cuando la calificación del funcionario no sea satisfactoria.

ARTÍCULO 7°.- El artículo 228 de la Constitución quedará así:

Artículo 228.- La administración de justicia es un servicio público esencial, a cargo de la nación y de los particulares cuando éstos últimos actúen como conciliadores, amigables componedores o árbitros. Sus decisiones son independientes. En los procesos judiciales las actuaciones serán públicas, con las excepciones que establezca la ley, preferentemente verbales, enderezadas a la producción de una sentencia imparcial y pronta y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales serán obligatorios para las partes y para los jueces y su incumplimiento será sancionado. El funcionamiento del servicio será desconcentrado y autónomo.

ARTÍCULO 8º. El artículo 229 de la Constitución quedará así:

Artículo 229.- Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. Los servicios de la administración de justicia se prestarán en forma gratuita a las personas de escasos recursos, en los procesos penales, y en todos aquellos en donde el objeto del proceso interese más a la sociedad como conjunto que a los particulares. En los demás procesos será obligatorio recuperar para la sociedad, en forma tan completa como se pueda, los costos en que el Estado incurre para administrar justicia. La ley indicará en qué casos las personas podrán acceder a la justicia sin la representación de abogado. Los jueces impondrán sumariamente al litigante, denunciante o peticionario que abuse del derecho a demandar, denunciar o recurrir, las sanciones que señalará la ley para garantizar la transparencia, eficacia y prontitud de los procesos judiciales.

En los procesos penales, quienes hayan sido víctimas de un daño personal y directo, o sus causahabientes, tendrán las mismas facultades de los agentes del ministerio público ya sea que acrediten o no un daño patrimonial, o que pretendan o no un resarcimiento personal.

El trabajo de los jueces debe ser evaluado en la forma que disponga la ley, y de los resultados de tal evaluación dependerá su permanencia y ascensos en la carrera judicial.

ARTICULO 9º. El artículo 230 de la Constitución quedará así:

Artículo 230.- Los jueces en sus providencias estarán sujetos a la ley escrita, a la costumbre comercial y a la jurisprudencia como normas jurídicas cuyo alcance determina la propia ley. Los principios generales de derecho, la equidad y la doctrina son criterios auxiliares de interpretación e integración normativa.

Los cuerpos colegiados que administren justicia no podrán modificar su jurisprudencia sino con mayorías calificadas y precisa motivación. La jurisprudencia de un tribunal tendrá que ser expresamente señalada como tal en la parte resolutive de las sentencias. Las motivaciones de las mismas no constituyen jurisprudencia.

ARTÍCULO 10°.- El artículo 231 de la Constitución quedará así:

Artículo 231.- Los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, serán nombrados por la respectiva corporación, en audiencias públicas y mediante decisiones motivadas. La corporación respectiva hará conocer, con seis meses de anticipación a la elección, cuáles son los candidatos que ha considerado para el cargo, con sus respectivas hojas de vida. Las facultades de Derecho con más de 20 años de antigüedad y la Academia Colombiana de Jurisprudencia podrán presentar candidatos, a razón de uno para cada cargo y por cada entidad proponente, con no menos de tres meses de anticipación a la fecha de nombramiento. En la hoja de vida de todos los candidatos se hará mención explícita de su trayectoria profesional, académica y de sus contribuciones más importantes a la doctrina y a la jurisprudencia nacional, internacional o de arbitraje.

ARTICULO 11°.- El artículo 233 de la Constitución quedará así:

Artículo 233.- Los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos por períodos individuales de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso. Para medir su rendimiento se tendrán en cuenta la calidad y prontitud de sus actuaciones, evaluada por profesionales y

personas que acudan a sus servicios, en los términos del artículo 229 de la Constitución Nacional.

ARTÍCULO 12°: El ordinal 1° del artículo 235 de la Constitución, quedará así:

1°.- Como tribunal de casación, unificar la jurisprudencia nacional en materia civil, laboral, mercantil y penal, a través de sentencias en cuya parte resolutive la precisará sobre el asunto que considere necesario establecerla. Tres sentencias uniformes de la Corte constituirán jurisprudencia, que servirá de antecedente para sus propios fallos y de doctrina que deberán seguir los jueces y tribunales competentes. La Corte no podrá variar su jurisprudencia sino en los términos del artículo 230 de la Constitución.

ARTÍCULO 13°. El ordinal 1° del artículo 237 de la Constitución quedará así:

1°.- Como Tribunal supremo de lo contencioso administrativo, unificar la jurisprudencia nacional en la materia a través de sentencias en cuya parte resolutive la precisará, sobre el asunto que considere necesario establecerla. Tres sentencias uniformes del Consejo de Estado constituirán jurisprudencia contencioso-administrativa, que servirá de antecedente para sus propios fallos y de doctrina que deberán seguir los jueces y tribunales competentes, y los servidores públicos. El Consejo de Estado no podrá variar su jurisprudencia sino en los términos del artículo 230 de la Constitución Nacional.

ARTÍCULO 14°.- El artículo 239 de la Constitución quedará así:

Artículo 239.- La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la Ley. En su integración se atenderá el criterio de la especialidad de los distintos aspirantes en Derecho Constitucional y su versación en las demás ramas del Derecho, o en algunas en particular.

ARTÍCULO 15°.- Los ordinales 4, 7°, 9° y 10° del artículo 241 de la Constitución quedarán así:

4°.- Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, demandas que deberán presentarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de promulgación de la ley impugnada.

.....

7°.- Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno. En ningún caso la Corte se pronunciará sobre el contenido material de los decretos que declaran la ocurrencia de los estados de excepción, cuyo control político corresponde al Congreso.

.....

9°.- Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. En ningún caso, dentro de procesos de tutela, la Corte se pronunciará sobre sentencias de otras autoridades judiciales dictadas en procesos de otra clase, a menos de que se trate de error manifiesto.

.....

10°.- Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, así como las leyes anuales de presupuesto y del plan nacional de desarrollo. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte declara los tratados internacionales constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el presidente de la república sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

ARTÍCULO 16°.. Agréganse al artículo 242 de la Constitución los ordinales 6°, 7°, 8°, 9° y 10°, que quedarán así:

.....

6°.- En cuanto los fallos se funden en consideraciones de hecho que no sean notorios, deberán estar respaldados por pruebas, recaudadas o practicadas y valoradas de acuerdo con las reglas generales sobre

la materia. En tales eventos, los términos para decidir se extenderán en sesenta (60) días.

7°.- Salvo en los fallos que se produzcan en los procesos de tutela, la Corte se abstendrá de dar órdenes de cualquier clase. Cuando en los procesos de tutela expida órdenes, deberá verificar que las personas a las cuales se dirijan disponen de los recursos materiales y de la posibilidad jurídica de cumplir con ellas.

8°.- La sentencia que declare inexecutable un acto legislativo o un acto con fuerza de ley, deberá ser adoptado por mayoría calificada de los magistrados que componen la Corte.

9°.- En ningún caso la Corte extenderá sus fallos a normas que no hayan sido objeto de acusación expresa, ni modificará la redacción de las normas sujetas a su examen, ni ampliará o reducirá las personas o eventos a las que tales normas se aplique.

10°.- En ningún caso darán lugar los fallos de la Corte al desconocimiento de los derechos y obligaciones que antes de la publicación de tales fallos hayan adquirido, sobre la base de normas declaradas inexequibles, personas de buena fe. La Corte puede decidir que sus fallos sólo produzcan efectos a partir de una fecha futura precisa.

ARTÍCULO 17°.- El artículo 243 de la Constitución quedará así:

Artículo 243.- Las decisiones de exequibilidad o inexequibilidad que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan las situaciones de hecho que motivaron la declaración o las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

ARTÍCULO 18°.- El artículo 245 de la Constitución quedará así:

Artículo. 245.- Ni el Gobierno, ni cualquier otra entidad estatal podrá conferir empleo ni contratar a otro título a los magistrados de la Corte Constitucional durante el período de ejercicio de sus funciones ni dentro de los dos años siguientes a su retiro. Tampoco podrán presentarse como candidatos a corporaciones públicas elegidas por voto popular, durante el mismo período.

ARTÍCULO 19°. El Capítulo 7 del Título VIII de la Constitución quedará así:

CAPÍTULO 7 DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

ARTÍCULO 20°.- El Artículo 254 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

Artículo 254.- La administración de la rama judicial estará a cargo de una entidad administrativa autónoma, que se conocerá como la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial y estará dirigida por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

ARTÍCULO 21°.- El Artículo 255 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

Artículo 255.- El Consejo Superior de la Administración de Justicia será un órgano colegiado integrado por siete Consejeros, así: su presidente, elegido por el Senado de sendas ternas enviadas por cada una de las altas cortes por un periodo de cuatro años, los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, quienes podrán delegar su representación en los vicepresidentes, un funcionario de carrera judicial elegido directamente por los miembros del poder judicial, un miembro elegido por la Facultades de Derecho que cuenten con más de 20 años de existencia, los cuales serán elegidos para periodos de cuatro años; y por el Ministro del Interior y de Justicia o el Viceministro encargado de los asuntos de Justicia y el Derecho. El Consejo no será de carácter permanente, se reunirá por derecho propio y de manera ordinaria una vez al mes o extraordinaria cuando su Presidente lo convoque y

ejercerá sus funciones con el apoyo de las unidades que conformen la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial.

ARTÍCULO 22° El Artículo 256 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

Artículo 256. Corresponde al Consejo Superior de Administración de Justicia, ejercer las siguientes funciones:

1. Adoptar las políticas necesarias para el ejercicio de las funciones de la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial.
2. Aprobar el proyecto de presupuesto de la rama judicial, que deberá ser presentado al gobierno para su incorporación en la Ley General de Presupuesto.
3. Fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales.
4. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia, sin que pueda establecer a cargo del tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.
5. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelantan en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador.
6. Administrar la carrera judicial.
7. Llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales.
8. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, en la instancia que señale la ley.

9. Proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procesales.

10. Las demás que le señale la ley.

ARTÍCULO 23.-º El Artículo 257 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

Art. 257.- El Director Ejecutivo de la Rama Judicial se encargará de ejecutar el presupuesto de la justicia, de recaudar los ingresos a los que el Estado tenga derecho por la prestación de ese servicio, y de dar el apoyo material necesario a todos los componentes de la Rama. En las circunscripciones que determine el Consejo Superior de la Administración de Justicia, existirán direcciones seccionales, encargadas de ejercer las funciones que les asigne la ley y las que les deleguen el Consejo y el Director Ejecutivo de la rama judicial.

Los jueces y magistrados ejercerán poder disciplinario sobre los abogados que actuando ante sus despachos incurran en prácticas indebidas, por acción o por omisión, especialmente en el abuso de sus poderes de litigantes para entorpecer o retardar la marcha de los procesos en que actúan. Los colegios de abogados, debidamente establecidos, tendrán las facultades disciplinarias que indique la ley.

La Ley creará una Corte Disciplinaria ad hoc, compuesta por siete magistrados elegidos por las Facultades de Derecho que cuenten con más de 20 años de existencia y que no tengan ninguna relación de ejercicio profesional respecto a las personas y corporaciones sobre las que ejercerán su facultad. Esta Corte ejercerá poder disciplinario sobre los Magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y avocará el conocimiento de los procesos disciplinarios que a la fecha de entrada en vigencia del presente Acto Legislativo sean conocidos por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. La ley desarrollará la materia.

Los jueces estarán sujetos al poder disciplinario de los magistrados del Distrito o de lo contencioso, y éstos, del que ejercerán la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

ARTÍCULO 24°.- La Constitución Política de Colombia tendrá un artículo 257 A, cuyo texto será el siguiente:

Artículo 257 A. Modificase la expresión “Consejo Superior de la Judicatura”, contenida en los artículos 156, 174, 178, numeral tercero, 197 y 341 de la Constitución Política, por la expresión “Consejo Superior de Administración de Justicia”.

ARTÍCULO 25°.- La Constitución Política de Colombia tendrá un artículo transitorio del siguiente tenor:

Artículo transitorio.- Para efectos de poner en funcionamiento el nuevo sistema de administración de la rama judicial previsto en el presente Acto Legislativo, el Presidente de la República podrá, por una sola vez, dentro del término de tres meses contados a partir de la entrada en vigencia de este Acto Legislativo, reformar, mediante decreto, la ley estatutaria de la administración de justicia, exclusivamente en lo necesario para adaptarla a las nuevas previsiones constitucionales.

Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura se mantendrán en sus cargos de manera temporal, incluso aquellos a los que se les venza el periodo para el cual fueron elegidos, hasta tanto el Consejo Superior de la Administración de Justicia entre en funcionamiento.

ARTÍCULO 26°.- El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Fernando Londoño Hoyos

Señor Doctor
Luis Alfredo Ramos
Presidente Senado de la República
Señor Doctor
Emilio Otero Dajud
Secretario Senado de la República
E. S. D.

Estimado Señor Secretario:

Presento a usted muy respetuosamente el proyecto de acto legislativo por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia el cual fue elaborado con base en las siguientes reflexiones.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

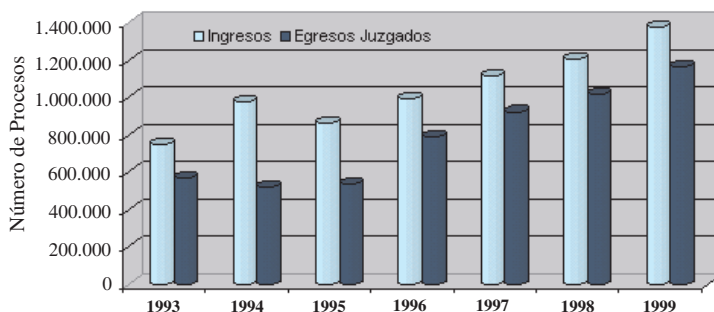
La administración de justicia es el elemento básico de soporte del edificio democrático. Cuando los estudiosos apuran el análisis filosófico sobre el origen del Estado, suelen concurrir en la idea de que antes de cualquiera otra de las funciones que lo caracterizan, la justicia es anterior y superior a todas ellas. La razón fundamental por la cual los hombres participan en la formación de una sociedad organizada, es la búsqueda de quién resuelva sus conflictos de interferencia. Con el desarrollo de la institución estatal, tal vez el reclamo más urgente de los ciudadanos, es el de conseguir quién proteja sus derechos, no ya frente a los demás y en las relaciones puramente interindividuales, sino frente al Estado mismo.

Por supuesto que no se trata simplemente de conseguir un organismo formal que declare el derecho en los casos de duda, o que lo constituya cuando sea necesario buscar los efectos de una sentencia constitutiva. Mucho más que eso, se trata de encontrar respuestas históricas a las necesidades del hombre en convivencia. Cuando se dice que una respuesta debe ser justa, se subraya la importancia fundamental de una sentencia pronta y oportuna. La justicia tardía es la negación de su propia esencia y la seguridad de una injusticia, sin que importe el contenido de la sentencia que finalmente se produzca.

Es desde la perspectiva anterior que no puede ser más alarmante la ya inveterada situación de morosidad que se produce en la administración de justicia colombiana. Los pleitos más simples y sencillos, tardan años; los juicios ejecutivos, en los que se busca hacer eficaz un derecho ya cierto e indiscutible, consumen muchos años, a veces hasta más de diez; la jurisdicción ordinaria, lo mismo que la contencioso-administrativa, son en extremo lentas y bien puede afirmarse que la sentencia definitiva no llegará antes de quince años después de propuesta la demanda.

JURISDUCCIÓN ORDINARIA

Movimiento de procesos en la jurisdicción ordinaria 1993-1999



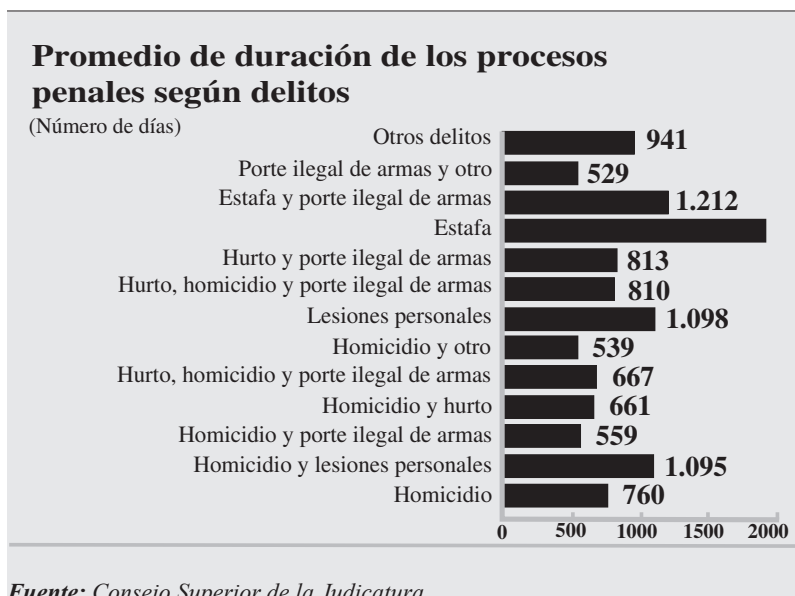
Fuente: Consejo Superior de la Judicatura – Corporación Excelencia en la Justicia

En materia penal, los altos niveles de impunidad de Colombianos nos colocan en los primeros lugares del mundo en tasa de homicidios por

cada cien mil habitantes, lo que sugiere la existencia de incentivos para el incremento de la delincuencia, los cuales son reconocidos por los delincuentes. Por lo anterior, es indispensable establecer mecanismos que permitan incrementar el número de sentencias condenatorias en relación con los delitos cometidos.

Este tema resulta crítico, si se considera que parte importante de los procesos penales que llegan a la etapa de juicio terminan por razones distintas de la sentencia ordinaria (apenas el 6% de las contravenciones terminaron por esta causa entre 1997 y 1999, menos del 50% de los juicios por hurto, cerca del 50% de los procesos iniciados con base en delitos contra la seguridad pública, por citar algunos ejemplos).

A estas cifras se suman los procesos que terminan en la fiscalía, antes de llegar a la etapa de juicio por no mencionar aquellos que ni siquiera son objeto de investigación, como ocurre con la llamada criminalidad oculta. Con estos dos indicadores, se encuentra que, frente a los delitos que se cometen, la terminación por sentencias ordinarias es muy baja, y los niveles de impunidad muy altos.



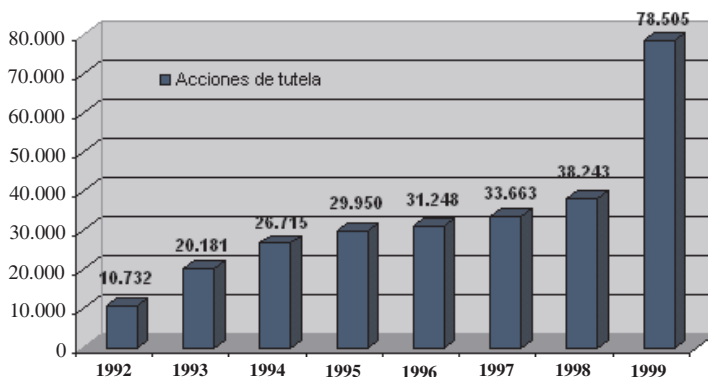
En estas condiciones, es obvio que algo anda muy mal en la materia, que es preciso revisar a fondo el sistema de administración de justicia. Con inusitada frecuencia se ensayan reformas judiciales, por las que se sustituyen unos procedimientos por otros, se alteran competencias y se aplican, o por lo menos se lo intenta, doctrinas más o menos novedosas. Pero el paso del tiempo sigue acumulando frustraciones respecto a este elemento sustancial de la convivencia. La justicia, que es una condición de la paz, sigue brillando por su ausencia.

El país no puede seguir de espaldas a uno de sus problemas fundamentales como es este. Tiene que reaccionar, revisando a fondo la concepción misma que tiene del derecho y de su aplicación. Estamos asistiendo a la increíble supervivencia de una concepción de lo jurídico como era la de usanza a mediados del siglo XIX. Nuestra dependencia de la ley escrita, la aplicación entre nosotros de los métodos exegéticos como único recurso de interpretación de las normas y la imposibilidad de enfrentar un tema nuevo sin la expedición de una nueva ley, explican que estamos muy atrás en los procesos de interpretación e integración del derecho, como los conciben en las sociedades modernas. Fundamentalmente, hemos olvidado el sentido creador de la jurisprudencia como fuente del derecho y el valor de la costumbre mercantil como norma autónoma, con fuerza propia, que tras años de reconocimiento, tiene la tendencia natural a cristalizarse en regla escrita, es decir, en ley.

Resulta también muy significativo que el Constituyente de 1991 haya olvidado el factor de la oportunidad, como un elemento esencial del contenido justo de los fallos judiciales. La “pronta y cumplida justicia” de la Constitución Política de 1886, desapareció del texto de la Constitución Política, sin que fuera suplido por texto alguno. Pareciera que los constituyentes de 1991 hubieran jugado todas sus cartas a las acciones novedosas –la tutela, la de cumplimiento, las populares y colectivas– y se hubieran desentendido de la justicia ordinaria, es decir, de la que debe prevalecer en la inmensa mayoría de los casos. Esa inversión de lo accidental y extraordinario convertido de hecho en lo ordinario y corriente, ha producido deplorables efectos y graves traumatismos. Los anaqueles de los juzgados y de los tribunales invadidos de acciones excepcionales, mientras se cubren de

polvo los expedientes que contienen las que el derecho dispone como remedios normales para los conflictos de convivencia, son la prueba plena de cuanto se viene afirmando.

EVOLUCIÓN DE LA DEMANDA DE TUTELA



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura - Corporación Excelencia en la Justicia

Esta reforma a la estructura constitucional del sistema de administración de justicia tendrá que ser complementada, no solamente por reformas legales inevitables, sino sobre todo por un cambio en la mentalidad de los ciudadanos frente al derecho, transformaciones sustantivas en las enseñanzas que se imparten en las universidades colombianas.

Como no podía ser de otra manera, se ha revisado la muy compleja estructura funcional que la Constitución de 1991 le dio a esta rama del poder público, eliminándose el Consejo Superior de la Judicatura, que desaparece después de largos y muy costosos esfuerzos del país y sin dejar huella ni impronta que la haga recordar con nostalgia.

Los elementos más notables que contiene esta reforma constitucional son los que se proponen enseguida.

Debido proceso.

La novedad estriba en la necesaria separación técnica entre el proceso contencioso administrativo y civil ordinario y sobre el proceso penal.

En el texto de la Constitución de 1991 los dos temas se trataron en un artículo muy poco riguroso, frente de interminables conflictos interpretativos. El Derecho Penal tiene características excepcionales, como la permisividad, la presunción de inocencia y en todo caso la irretroactividad de las normas que tipifican los delitos o que configuran las penas. Pero el debido proceso es principio en toda actuación administrativa o judicial, que debe en todo caso respetarse. El conocimiento de cualquier proceso que pueda perjudicar a una persona, a través de notificaciones, que tampoco pueden convertirse en fuentes de perplejidad y de demoras interminables, como hoy las conocemos; el derecho a conocer y controvertir las pruebas que se esgriman en su contra y el derecho fundamental a ser oído, son los pilares básicos del derecho procesal moderno. Sin embargo, el Estado no puede asumir la carga de representar a quien se niega a comparecer ante la justicia. Siendo que el ministerio público puede verificar, en todo caso, las circunstancias que puedan explicar esa ausencia, al que se niegue a comparecer en juicio se le respetará su decisión, teniendo que soportar los posibles efectos negativos de su actitud. El defensor de oficio o el defensor de los pobres queda reservado para quien demuestre no tener medios económicos para su defensa y no para quien por razones estratégicas prefiera ausentarse del juicio, creándole tropiezos que suponen tardanzas, a veces de varios años.

La extinción de dominio

Nadie puede comprender cómo la Constitución prevé la expropiación de bienes legítimamente adquiridos por vía administrativa, pero constituye una extraña y excepcional garantía para quienes han adquirido ilícitamente algunos bienes. Por eso se propone la modificación del artículo 34 de la Constitución Política, abriéndole paso a la extinción del dominio de bienes ilícitamente adquiridos a través de resoluciones judiciales, con la única condición de que el proceso haya sido incoado por la fiscalía general de la nación. La acción de extinción de dominio tendrá que ser una acción *sui géneris*, completamente autónoma e independiente del proceso penal, pero que debe ser particularmente eficaz contra capitales de mala procedencia que desafían a la sociedad colombiana y que ponen en entredicho

esa legitimidad del Estado. Se mantiene a la fiscalía general de la nación como fuente y principio del proceso, porque es lo usual que la extinción de dominio nazca al mismo tiempo con una acción penal por la comisión del delito que le da origen. Sin embargo, es preciso subrayar la independencia con que el proceso penal y el proceso administrativo sigan su curso y cómo la fuente última de la acción del Estado para recuperar bienes indebidamente considerados como privados, es la simple comparación de patrimonios y la incapacidad de su titular de explicar su procedencia legítima.

La acción de tutela

Nadie puede dudar que la acción de tutela ha sido de gran importancia para preparar una reforma a la administración de justicia como la que se está proponiendo. El cortísimo término de diez días que obligaba a los jueces a pronunciarse sobre ella, demuestra que sí es posible en Colombia aclimatar procesos, que lo sean verdaderamente, que se tramiten en brevísimo término. Pero no es aceptable que la tutela, medio excepcional y extraordinario de defensa para aquellos casos en los que un ciudadano no encuentre acción judicial a su disposición, o solamente pueda ejercitarla soportando graves e irreparables perjuicios, se convierta en la regla general la administración de justicia.

La norma que se propone incluye la viabilidad de la tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas jurídicas, como lo viene sosteniendo la Corte Constitucional.

De la mayor importancia resulta limitar el ejercicio de la tutela a los derechos fundamentales, como fue la intención inequívoca del constituyente de 1991. Su extensión, por la vía doctrinaria de la conexidad de los derechos fundamentales con otros a los que el constituyente no les dio ese carácter, ha significado, ni más ni menos, que los jueces asuman facultades administrativas, de la mayor significación. En muchos lugares del país han terminado los jueces suplantando los alcaldes, comprometiendo la tarea de los gobernadores y no pocas veces la competencia del Presidente de la República y del Gobierno Nacional. Mediante tutelas se han

impartido órdenes que comprometen la estructura presupuestal de las entidades administrativas y muchas que obligan a lo imposible, contra preceptos elementales de derecho. Tolerar que sean los jueces los que dispongan la construcción de hospitales, o de cárceles o de vías, o de alcantarillados o de acueductos, es trastocar todo el sistema constitucional y convertirlos, de administradores de justicia, en partes esenciales del poder ejecutivo. Por eso yendo a la doctrina y la legislación universales en la materia, el derecho de tutela, llamado de amparo en otras naciones, debe limitarse a la protección de los derechos de contenido absoluto, es decir, de los que se ejercen erga omnes, y no de los derechos de segunda o tercera generación, imponiéndole al Estado cargas y gravámenes que no está en condiciones de atender.

También es fundamental proscribir la tutela contra las decisiones judiciales, o la que violenta la jurisprudencia de los tribunales ordinarios o de lo contencioso administrativo. No tiene el país buena memoria de los llamados choques de trenes, que le han permitido a la Corte Constitucional invadir el fuero de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado. A ningún buen puerto conduce la posibilidad de contradicción entre los más altos tribunales de la justicia, y mucho menos la posibilidad aberrante de que por la vía de tutela jueces de inferior jerarquía se eleven y levanten su voz, eficazmente, contra las decisiones jurisprudenciales de la Corte y del Consejo de Estado. Mucho tendrá que ver este tema con la creación de una jurisprudencia como fuente formal del derecho, de la que luego se hablará.

El Servicio de la administración de justicia y el papel de los particulares

La Constitución Política de 1991 previó como una posibilidad de segundo orden, el que los particulares contribuyeran a prestar el servicio de la administración de justicia. Es un enfoque que es preciso revisar, incorporar con plena fuerza a nuestra estructura constitucional el papel que desempeñan los particulares, a través de esfuerzos de conciliación, de amigable composición o de arbitraje en la prestación del servicio de administración de justicia. Se ha venido

desarrollando entre nosotros, con éxito notable y realizaciones incuestionables, el papel de los arbitrajes. También se han hecho esfuerzos muy notables en materia de conciliación y de composición, pero siempre dentro de un ambiente general de desconfianza contra una figura que es preciso entender y fortalecer. La especialidad de las materias del derecho y la necesidad de una administración de justicia pronta y eficaz, han multiplicado en todos los países del mundo y muy especialmente en las relaciones internacionales, el papel y la significación de la conciliación, de la autocomposición y del arbitraje. Por eso en el artículo 116 de la Constitución, hay que introducirle carta de ciudadanía, con toda la enorme significación que tienen las sociedades modernas, a estas formas alternativas de solución de conflicto. Igualmente se introduce la figura fundamental del arbitraje que se constituye para estar dispuestos a atender cualquiera reclamación que las partes tengan dentro de un proceso de tracto sucesivo. La ausencia de esta figura, produce dilaciones indeseables dentro de un trámite que tiene que ser inmediato. Lo que los franceses llaman “el juez del contrato”, no existe entre nosotros y es imprescindible constituirlo.

El Ministerio Público

Las personerías municipales han resultado una carga estéril y prácticamente insoportable para los municipios del país. Por eso se ha propuesto que los ciudadanos, a través del Referendo, eliminen las personerías y en su lugar se imponga un ministerio público ejercido por la procuraduría general de la nación o por la defensoría del pueblo. Solamente para aquellos municipios en los que la procuraduría y la defensoría no puedan prestar ese servicio, puede sobrevivir una figura que hace muchos años carece de razón de ser y que gravita muy duramente sobre la estructura patrimonial y la capacidad de inversión de los municipios del país, especialmente de los más pequeños.

Las carreras administrativas especiales

Ha sido vieja ilusión contar con una carrera administrativa bien organizada y eficiente. Sin embargo, gran parte de la administración

pública sigue al vaivén de los caprichos políticos mientras que la carrera parece convertida en una trinchera para que funcionarios ineficientes no puedan ser removidos. Para la administración de justicia, la procuraduría general de la nación, la contraloría general de la República, la defensoría del pueblo y la registraduría del estado civil en la que sea regla el ingreso al cargo a través de concurso, el ascenso sea reglado y sujeto a verdaderos logros y la remoción pueda hacerse frente al incumplimiento de objetivos, baja calificación y ausencia de resultados. Esta parece ser la fórmula adecuada para mantener una carrera administrativa seria, sin los graves defectos de que adolece la actualmente en uso.

Prontitud y oportunidad en la administración de justicia

El artículo 228 muestra en apariencia muy pocos cambios con respecto al texto original. Sin embargo, la inclusión de los procesos preferentemente verbales y la disposición de que todas las actuaciones procesales estén enderezadas a la producción de una sentencia imparcial y pronta, suponen una verdadera revolución en nuestro medio. Igualmente lo será, como necesario desarrollo de esos preceptos, la obligatoriedad de los términos judiciales para los jueces.

Gratuidad de la justicia. Evaluación de la tarea de los jueces

Nuestro sistema tradicional contiene la vieja idea de que la administración de justicia ha de ser enteramente gratuita. En el artículo que se propone, el precepto queda intacto por lo que se refiere al proceso penal y a todas aquellas causas en las que prevalezca el interés colectivo sobre el interés individual. Igualmente será gratuita la justicia para quienes demuestren no tener suficientes recursos para cubrirla. Así deberá ser por desarrollo legal, en todos los pequeños pleitos o pequeñas causas, que deberán tener un tratamiento especial a partir de esta reforma constitucional.

Pero todas las causas en las que se juegan valores económicos importantes, deben representar un cierto costo, por lo menos el indispensable para que el Estado recupere los costos en que incurre para administrar justicia. Entre nosotros, se da actualmente la

aberrante circunstancia de que cerca del 80% de todos los juicios que avanzan en los juzgados de circuito, son ejecutivos promovidos por las instituciones financieras contra sus clientes. No hay ninguna razón que justifique el que todos los ciudadanos estén asumiendo una carga que deben pagar las instituciones financieras, o sus clientes morosos. Igualmente será necesario imponer el principio de que la administración de justicia es un aparato costoso, del que ha de utilizarse con medida y con prudencia. Por eso estará bien que paguen los que presenten demandas temerarias o de alguna manera obliguen al despliegue del aparato judicial del Estado sin una razón legitimante.

Paralelamente con este principio, por el nuevo artículo 229 se le confieren facultades al juez para desempeñar una tarea de formidables proporciones. Se trata de darle poder disciplinario para castigar el abuso de los litigantes, cuando interponen recursos por el prurito de retardar el proceso o de impedir una sentencia oportuna. Los recursos son garantías al servicio de los litigantes, pero su abuso debe ser censurado, por una parte, por la otra eficazmente estorbado.

Finalmente, trae este artículo como novedad la evaluación que del trabajo de los jueces se debe hacer y que de los resultados de tales evaluaciones dependerán su permanencia y ascenso, garantizando con esto su permanencia en la carrera como consecuencia de su eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus funciones. Hasta hoy los trabajos para medir la eficiencia real de los jueces han sido insuficientes, especialmente en su obligación fundamental, cual es la de dictar sentencias oportunas. Es un estado de cosas que debe cambiar los indicadores de gestión judicial, que deberán imponerse muy pronto como medida indispensable para garantizar la salud de todo el sistema.

La jurisprudencia como fuente formal del Derecho

Se dijo al comienzo de esta exposición de motivos que en el ambiente jurídico del país seguían vigentes las viejas ideas de la escuela de la exégesis. Según ellas, la ley es la fuente formal del derecho por excelencia, y el juez se limita a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley” según expresión muy prestigiosa

de Montesquieu. Dentro de ese contexto, el juez no crea derecho, sino que simplemente lo aplica. Su tarea se limita al ejercicio de una función lógica, consistente en la aplicación del muy famoso silogismo judicial. En virtud de esa operación, la ley es la premisa mayor del silogismo, el hecho concreto que se le entrega al juez es la premisa menor y por fuerza surge la conclusión o consecuencia. Nada más equivocado desde luego que esa apreciación. En primer lugar, porque no hay nunca una norma que sea capaz de gobernar una realidad vital. El juez no tiene ante sí una sola norma aplicable, sino todo el universo del derecho, su estructura orgánica, y de ella deduce el juez las normas que resultan directamente puestas a su disposición para disponer una sentencia justa. Pero si hay una situación así de compleja en cuanto se refiere al aspecto normativo, en lo tocante a los hechos, el problema es todavía mucho más difícil. Porque el juez no se encuentra con una situación fáctica tan sencilla como la que permitiría la puesta en marcha del famoso silogismo judicial. Al contrario, se trata de una realidad muy compleja en cuya estructura de significado penetra el juez para determinar cuáles son los hechos que considera relevantes. Pero ahora bien, esos hechos son relevantes con respecto a unas normas que no pueden ser escogidas por anticipado. Hay entonces una tarea simultánea de selección de los hechos con respecto a unas normas y de las normas con respecto a una realidad histórica que el juez tiene que calificar.

No quiere hacerse de esta exposición de motivos un tratado de filosofía de la interpretación del derecho. Simplemente anotar lo suficiente para demostrar que la jurisprudencia es una fuente creadora de derecho, puesto que la ley crea hipótesis de comportamiento, que sólo se vuelven vida real a través de las situaciones individuales y concretas que se producen en el tráfico jurídico de cada momento histórico. Eso significa que el derecho prometido por el legislador, se vuelve derecho viviente en las sentencias de los jueces. Y eso supone que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho, de primerísima importancia. Pero el juez no encuentra además frente a sí, las normas escritas como única realidad. Al contrario, la vida, que no se detiene, está produciendo siempre realidades nuevas y frente a esas realidades nace una conciencia de obligatoriedad que les otorga la sociedad. La costumbre está en la génesis de toda formulación

del derecho. Los romanistas lo entendieron y por eso crearon un derecho vivo alrededor de la costumbre, que iba reflexionando sus lineamientos a través de las tareas de los jueces, es decir, de los pretores. Las grandes formulaciones legislativas que siguieron al Código Napoleónico, trajeron para algunos la ilusión de que la ley cubriría para siempre toda la realidad histórica a la que se refiriera. Vana esperanza. La vida es mucho más rica que cualquiera precisión anticipada del legislador y siempre la costumbre será fuente formal del derecho. Todas las estructuras jurídicas contemporáneas nacen de expresiones consuetudinarias de primerísima significación. Piénsese, si no, en el derecho mercantil moderno que es el derecho más vivo de todos, en el que las decisiones de los legisladores vienen a tratar de ponerse a tono con unas realidades mucho más ricas que las previsiones más inteligentes y audaces de todos los legisladores del mundo. El derecho, que es historia viva, se burla de los legisladores que quieren ser ágiles y sigue su camino cabalgando al lomo de una costumbre que perfeccionan los jueces a través de las sentencias y que finalmente logran una expresión, seguramente más depurada, de fácil consulta y aun perfecta, que es la del legislador, último eslabón en una cadena de generación del derecho. Pues es hora de corregir entonces la equivocación que traía el artículo 230 de la Constitución, que señalaba prácticamente como única fuente formal del derecho a la ley, otorgándoles una posición subalterna y de segundo orden a la costumbre y a la jurisprudencia. Error que venía a reafirmarnos dentro de unas concepciones exegéticas que nos han hecho mucho daño en el pasado y que estaban condicionando nuestro futuro.

Pero si las cosas son como se viene diciendo, es obvio que habrá que darle a la jurisprudencia la importancia que tiene dentro del mundo del derecho. Y esa jurisprudencia tiene que ser reglada de una manera mucho más clara que como ha venido siendo captada por nuestra doctrina. Para evitar cualquier equívoco, a los altos tribunales del país, a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, se les exigirá en lo sucesivo que en las partes resolutivas de la sentencia digan expresamente cuál es la jurisprudencia que contiene su fallo. Tres decisiones uniformes de cualquiera de esos tribunales, produce una jurisprudencia que servirá como antecedente para ellos mismos, de manera que puedan fallar casi automáticamente los recursos de

casación y las sentencias contencioso-administrativas, por lo menos en los puntos en que su jurisprudencia sea aplicable. Y por otra parte, esos dictados jurisprudenciales serán obligatorios para los tribunales, para los jueces y desde luego, para los particulares. Será la manera como la gente sepa a qué atenerse, qué será lo debido y lo indebido, cuáles son las formas de interpretación de la ley que prevalecen definitivamente. Para poner ejemplos que ilustren la necesidad de esta verdadera revolución institucional en la justicia, bastará señalar que el Código de Comercio que tiene ya treinta años de antigüedad, y que para algunos sigue siendo “nuevo” Código de Comercio, mantiene todavía puntos que no han podido ser solucionados, precisamente por las fallas de la jurisprudencia. Todo lo relativo a los intereses corrientes, a los intereses moratorios y a los de usura, siguen sometidos a toda clase de interpretaciones y a las más increíbles contradicciones. Igual pasa con el famoso contrato de la agencia mercantil, para no seguir abundando en ejemplos de circunstancias que debieran ser resueltas definitivamente a través de esta preciosa fuente formal del derecho.

La selección de los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado

Los vicios que afectaron la vieja cooptación de los magistrados de las altas cortes, llevaron a crear un Consejo Superior de la Judicatura que en nada ayudó a dar transparencia y confiabilidad al sistema de elección de funcionarios de tanta significación en la vida social del país. Si a eso se le suma el claro origen político del Consejo Superior de la Judicatura, el resultado no pudo ser más deplorable.

No se trata de volver al viejo sistema de cooptación que cayó en desprestigio en su momento. Por el contrario, los magistrados serán elegidos entre ellos mismos, pero en un proceso transparente y competitivo, del que será testigo todo el país. Los magistrados tendrán la obligación de decir cuáles son sus candidatos para la elección que se pretende efectuar, y las facultades de derecho con más de 20 años de antigüedad y la academia colombiana de jurisprudencia podrán presentar sus candidaturas, a razón de una por cada una de esas entidades y para cada plaza vacante. Finalmente,

llegada la hora de la elección, ella se hará en una audiencia pública en la que las salas harán expresa motivación de las razones por las que prefieren un candidato a los demás. Los antecedentes de ese candidato, su aporte a la ciencia del derecho, al foro, a la cátedra, serán elementos esenciales para tener en cuenta. El país tendrá que darle así la importancia que reclama la elección de los magistrados pero sin que en últimas coloque el poder judicial en situación de dependencia del poder legislativo. Será la forma de autonomía de la rama, pero sin abrirles de nuevo espacio a los viejos vicios de una cooptación enclaustrada y probablemente caprichosa.

Períodos de los magistrados de las altas cortes. Su retiro

Se mantiene el período de ocho años que hoy conserva la Constitución. Pero su retiro anticipado puede ser producido por rendimientos no satisfactorios o porque no observen ellos buena conducta. Para el rendimiento no satisfactorio, deberán tenerse en cuenta las evaluaciones de la calidad y de la prontitud de los servicios que le están prestando a la sociedad. El tribunal disciplinario que se crea para las altas cortes, tendrá a su cargo esa calificación y podrá producir como resultado el retiro anticipado de un magistrado de cualquiera de las altas cortes.

Facultades del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia

Lo que hay que destacar en el ordinal 1) de los artículos 235 y 237 como ahora se propone, es precisamente la creación de la jurisprudencia nacional, tanto de la ordinaria compuesta por las ramas penal, civil, mercantil y laboral, como la que se refiere a la rama contencioso-administrativa. Se trata de una preciosa herramienta de creación del derecho, de la que ya se hizo mención más atrás.

La Corte Constitucional

La Corte estará integrada por un número impar de miembros, según lo determine la Ley. En su integración se exigirán conocimientos especiales en materia de Derecho Constitucional, como es apenas obvio, y no como hoy lo indica la Carta, que supone la conformación

de una Corte integrada por especialistas en otras materias distintas. La especialidad en Derecho Constitucional, desde luego no implica excluir la afinidad del aspirante con otras materias que enriquezcan las deliberaciones de ese Tribunal en materias que contribuyan a conformar una estructura unitaria de Derecho, pero siempre a partir de la materia constitucional de la que se trata.

Control de los decretos de declaratoria de Conmoción Interior

En primer lugar, se propone cerrar para siempre el capítulo de cuáles son las facultades que tiene la Corte Constitucional con respecto al decreto que declara la conmoción interior o cualquiera otro de los estados de excepción. El proyecto sigue la línea dominante en el mundo, en el sentido de que se trata de un decreto político, no revisable jurisdiccionalmente sino en cuanto a su forma. No es común en las Constituciones modernas, que el recurso al derecho de necesidad, o de ley marcial, o de estado de sitio, o de conmoción interior como se llama en el nuestro, pueda ser decidido por la corte judicial encargada del control constitucional. Ese control lo ejerce en todo caso el Congreso de la República y los hechos en que se funda la conmoción deben solamente ser examinados por el Presidente de la República, quien es el que tiene a su cargo la guarda del orden público comprometido hasta el extremo de que sea necesario romper el orden jurídico institucional.

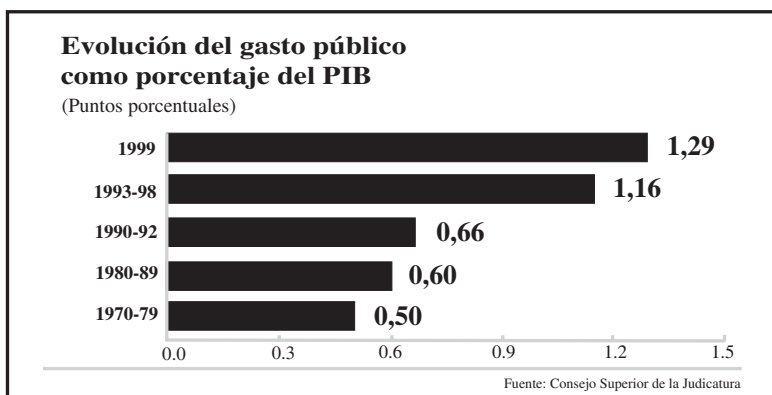
En el artículo 141 de la Constitución, se prohíbe, en plena coincidencia con lo que se dijo al tratar de la tutela, que la Corte Constitucional afecte las decisiones de otros jueces o altere la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.

Administración de la Rama Judicial

A través de la historia, siempre se consideró que la Rama Judicial no recibía suficientes recursos a pesar de tener el peso de administrar justicia en nuestro país. La Asamblea Nacional Constituyente, al expedir la Constitución Política de 1991, dio gran importancia a la administración de justicia en Colombia, al crear la fiscalía, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura. Los cambios

se vieron reflejados en los recursos que se entregan a la Rama Judicial, que prácticamente se duplicaron a partir de la expedición de la Carta Política. Sin embargo, estos cambios no se han visto en una mejora en el servicio de la administración de justicia.

La Asamblea Constituyente justificó la existencia de una Sala Administrativa en el Consejo Superior de la Judicatura como un organismo que haría eficiente la organización de la justicia, de cara a sus problemas de lentitud y congestión. El objetivo era dar al Consejo un carácter empresarial, cuyo propósito sería modernizar las instituciones de apoyo al sistema judicial y concederle a la carrera administrativa de la rama independencia y vigor.



Sin embargo, el incremento en la asignación de recursos a la Rama Judicial y la creación y funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura no se han traducido en el mejoramiento de la gestión de la Rama Judicial y el cumplimiento de sus funciones, de manera que en la actualidad, los problemas de congestión y atraso, asociados con la impunidad, siguen siendo iguales o peores que hasta 1990 y los ciudadanos continúan percibiendo que no cuentan con un real derecho de acceso a la justicia.

Es posible encontrar algunos elementos que podrían explicar, al menos en parte, esta contradicción existente entre el incremento de los recursos asignados al sector, frente al estancamiento en sus niveles de gestión. Uno de ellos es la administración colegiada de los recursos,

a cargo del Consejo Superior de la Judicatura, función que se ejerce a través de Acuerdos de Sala. En esta forma, la ejecución de los recursos implica la aplicación de todo el procedimiento inherente al ejercicio de funciones judiciales, de manera que la Sala Administrativa se ve limitada por una serie de trámites incompatibles con la eficiencia en el desarrollo de las funciones gerenciales, los cuales se convierten en obstáculos para las mismas. Además, los encargados de estas tareas tienen una formación más jurídica y académica que gerencial.

Adicionalmente, el inadecuado diseño y ejecución de los planes sectoriales de justicia. Desde 1991, el sector justicia ha tenido dos planes sectoriales, los cuales han presentado fallas de consistencia entre el diagnóstico, que parte del atraso, la congestión y la impunidad; y las soluciones que se proponen tienen como primera herramienta la inversión en infraestructura física y pretenden que la solución a los problemas del sector sea a través de la creación de despachos judiciales.

Finalmente, como quiera que la Rama Ejecutiva no tiene injerencia en la producción del Plan Sectorial y del proyecto de presupuesto anual de la Rama, se generan dificultades para que el Gobierno conozca y adopte como suyas las necesidades de la Rama Judicial en materia de planeación y presupuesto. Por lo anterior, se ha considerado necesario incluir al Gobierno Nacional, a través del Ministro del Interior y Justicia, como miembro del órgano encargado de diseñar las políticas macro de la Rama Judicial.

De otra parte, consideramos importante que el órgano de gobierno de la Rama Judicial sea completamente autónomo y que tenga responsabilidad política por la correcta administración de la Rama Judicial.

La Jurisdicción Disciplinaria

El proyecto propone devolver la función disciplinaria de la rama judicial al “juez natural” de los servidores públicos, es decir el ministerio público, para solucionar una dicotomía injustificada aprobada por la Asamblea Constituyente en 1991, consistente en

mezclar las funciones judiciales y las administrativas en un solo órgano, el Consejo Superior de la Judicatura.

En este sentido, el proyecto prevé que los jueces conozcan de los procesos disciplinarios sobre los abogados que actúen ante sus despachos e incurran en faltas disciplinarias. Por otra parte, frente a la eliminación de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, se ha previsto la creación de una Corte Disciplinaria Ad-Hoc, compuesta por siete magistrados, encargados de ejercer poder disciplinario sobre los magistrados de las altas cortes y avocar los procesos que en la actualidad conoce la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Muy atentamente,

FERNANDO LONDOÑO HOYOS
Ministro del Interior y encargado de las
funciones del Ministro de Justicia y el Derecho



INEMBARGABILIDAD DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES

Luis Javier Moreno Ortiz

Honorable
Corte Constitucional
Magistrado Ponente
Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
E. S. D.

Ref.: Expediente D-7938. Decreto 28 de 2008, artículo 21.

El suscrito, comisionado por el Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, en cumplimiento de lo dispuesto por ese despacho en auto del 10 de enero de 2009, comunicado por oficio del 13 de los corrientes, 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; revisión de decisiones relevantes previas; análisis de otra jurisprudencia relevante; y conclusión.

LA DEMANDA Y SUS RAZONES

El ciudadano Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo demanda la inconstitucionalidad del Decreto 28 de 2008, por medio del cual el Presidente, en ejercicio de las facultades especiales contenidas en el artículo 356 de la Constitución, adicionado por el artículo 3 del Acto Legislativo 4 de 2007, define la estrategia de monitoreo,

seguimiento y control integral del gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones. Esta norma establece, en su artículo 21, la inembargabilidad de los recursos del sistema. El ataque se dirige contra dicha inembargabilidad, pues se considera que ella es contraria a lo dispuesto por los artículos 2, 13, 95.7 y 229 de la Constitución.

El actor argumenta que la existencia de la inembargabilidad implica que a algunas personas, valga decir, los acreedores de las personas jurídicas de derecho público que manejan los recursos del Sistema General de Participaciones, se les niega la protección de sus derechos. Este trato discriminatorio, que privilegia a algunas entidades territoriales respecto de otras y que perjudica a algunos acreedores de dichas entidades y no a otros, no parece tener justificación. Además, el trato descomedido a los acreedores conculca su derecho de acceder a la justicia. Por ello, y valiéndose de lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C-566 de 2003, considera que es necesario establecer que el principio de inembargabilidad no puede ser absoluto, para aceptar que los acreedores, cuyos créditos se deriven de actividades a cargo del Sistema General de Participaciones, sí puedan embargar esos recursos para obtener el pago de las obligaciones a cargo de las entidades territoriales.

EL PROBLEMA JURÍDICO

Si la norma demandada no contempla ninguna excepción a la regla de que los recursos del Sistema General de Participaciones son inembargables, el problema jurídico a resolver sería: ¿Es constitucional que una Ley, o en este caso un Decreto, al regular la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral del gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones, establezca que éstos son inembargables por acreedores cuyo crédito se deriva de alguna de las actividades a las cuales estaban destinados los recursos del Sistema General de Participaciones? La hipótesis del actor es negativa, valga decir: que no es constitucional, por cuanto la regulación estaría desconociendo los derechos de los acreedores, en especial de aquellos cuyas obligaciones han surgido de la financiación de las actividades que deben ser cubiertas con

recursos del Sistema General de Participaciones. Para resolver el problema es menester analizar el principio de la inembargabilidad a la luz de la jurisprudencia constitucional, para establecer si éste, en el caso de acreedores comerciales, cuyas obligaciones se deriven de contratos con las entidades públicas, admite o no ser ponderado o matizado y para determinar si la regla que la establece puede o no tener excepciones.

DECISIONES RELEVANTES PREVIAS

Es menester advertir que la Corte Constitucional hace poco se ocupó de estudiar la constitucionalidad del artículo 21 del Decreto 28 de 2008 en la Sentencia C-1154 de 2008. Esta providencia merece un estudio detenido pues es posible que exista cosa juzgada constitucional sobre la materia, lo cual afecta la suerte de la demanda sobre la cual se emite opinión.

La Sentencia C-1154 de 2008 estudia el tema de la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones de manera general y, en especial, en cuanto atañe al pago de obligaciones laborales. Luego de discernir sobre el complejo asunto de su competencia para conocer la demanda, pues se trata de un Decreto dictado por el Presidente en ejercicio de facultades que le atribuye directamente la Constitución, valga decir, lo que se conocía por la doctrina como reglamento autónomo, para sostener que sí es competente, y después de haber establecido que, merced al cambio normativo operado por la reforma constitucional aprobada por el Acto Legislativo 4 de 2007, no existe cosa juzgada, la Corte plantea el siguiente problema jurídico:

En este orden de ideas, corresponde a la Corte determinar si el artículo 21 del Decreto 28 de 2008, al prohibir el embargo de los recursos del SGP de las entidades territoriales y disponer que el pago de las acreencias laborales se hará efectivo con ingresos corrientes de libre destinación en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes, vulnera los preceptos constitucionales referentes a la igualdad, el acceso a la justicia, la cláusula de reserva de ley, la efectividad de los derechos y los principios fundantes del Estado, o si por el contrario dicha prohibición se ajusta a los mandatos

constitucionales sobre inembargabilidad de recursos públicos y destinación social exclusiva de los mismos.

Para resolver el problema hace un análisis general del principio de inembargabilidad de los recursos públicos y estudia el caso concreto de la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones. Ambos ejercicios intelectuales son relevantes para resolver el problema jurídico planteado en este caso, como pasa a verse.

La jurisprudencia ha sido unánime en reconocer que los recursos públicos son, por regla general, inembargables. Así lo ha sostenido en las Sentencias C-546 de 1992, C-013, C-017, C-337 y C-555 de 1993, C-103 y C-263 de 1994, C-354 y C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 y C-793 de 2002, C-566 y C-1064 de 2003, T-1105 de 2004 y C-192 de 2005. No obstante, la jurisprudencia también ha dicho, para conciliar esta regla con principios y derechos establecidos por la Carta, tales como los principios del reconocimiento de la dignidad humana, de la efectividad de los derechos y de la seguridad jurídica, y de derechos como el de propiedad, el acceso a la justicia y la vigencia de un orden justo, que es menester reconocer algunas excepciones. Dichas excepciones son tres: satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral, vide Sentencia C-546 de 1992; pagar obligaciones establecidas en sentencias judiciales, vide Sentencia C-354 de 1997; y cumplir con obligaciones que se originen en títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible, vide Sentencia C-103 de 1994.

En cuanto a la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones, la Corte ha considerado de manera reiterada, en las Sentencias C-793 de 2002, C-566 de 2003, C-192 y T-1194 de 2005, que ellos gozan de una protección constitucional reforzada en comparación con los demás recursos públicos, en razón de su destinación social especial. Esta protección limita las excepciones a la regla general de inembargabilidad, pues éstas sólo son aplicables respecto de obligaciones que tengan como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados los recursos del Sistema General de Participaciones, a saber: educación, salud, agua potable y saneamiento básico.

Tal era el estado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 4 de 2007. Esta novedad normativa conduce, a juicio de la Corte, a una mayor rigidez constitucional en lo que atañe al destino social de los recursos del Sistema General de Participaciones, lo que implica reexaminar su jurisprudencia sobre la materia. La inembargabilidad establecida por el artículo 21 halla sustento, según sostiene la Corte, en los artículos 63, 356 y 357 de la Carta. La nueva norma trata de armonizar la regla con las excepciones, pues contempla la posibilidad de medidas cautelares, que se harán efectivas sobre los ingresos corrientes de libre destinación de las entidades territoriales. Para la Corte, la norma no merece reparo en cuanto a su constitucionalidad. No obstante, en vista de que es posible hacer interpretaciones incompatibles con la Carta, la Corte considera necesario condicionar su decisión. Por ello, hace explícitas ambas interpretaciones, la inconstitucional y la constitucional, en los siguientes términos:

7.4.1.- En este sentido, una interpretación de la norma que restrinja la posibilidad de adoptar medidas cautelares únicamente sobre los ingresos corrientes de libre destinación con cargo a la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes puede hacer nugatorio el pago efectivo de dichas obligaciones, en la medida en que esos recursos sean escasos y en que la referencia a las vigencias subsiguientes torna incierto el momento en que se realizará el pago final de las acreencias. Dicha lectura de la norma es inadmisibles en perspectiva constitucional, pues desconoce el principio de efectividad de los derechos y particularmente de los créditos laborales debidamente reconocidos.

7.4.2.- Sin embargo, existe otra interpretación que es compatible con estos preceptos de la Carta Política en tanto asegura la efectividad de los derechos y ofrece certeza sobre el pago de acreencias laborales. Según esta lectura de la norma, el pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia debe efectuarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses contados a partir de la ejecutoria de la misma, después de lo cual podrán imponerse medidas cautelares sobre los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial, y, si esos recursos no son suficientes para asegurar el pago de las citadas obligaciones, deberá acudir a los recursos de destinación específica.

Por lo anterior, es necesario reconocer que si bien se trata de la misma norma demandada, la primera demanda busca preservar la excepción consistente en el pago de acreencias laborales, mientras que la demanda en estudio se encamina a proteger la excepción consistente en el pago de obligaciones que tengan como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados los recursos del Sistema General de Participaciones. Así las cosas, pese a la identidad normativa, existe una diferencia en los cargos planteados por los actores, por lo que es posible sostener que no existe cosa juzgada constitucional.

ANÁLISIS DE OTRA JURISPRUDENCIA RELEVANTE

El análisis anterior ha revelado importantes elementos de juicio para resolver el problema jurídico planteado. Reviste especial interés la *ratio decidendi* contenida en la Sentencia C-793 de 2002, según la cual existe una excepción al principio de inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones, cuando se trate del pago de obligaciones que tengan como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados los recursos de ese sistema. Esta *ratio* es acogida también en la Sentencia C-566 de 2003. El examen del problema a la luz del Acto Legislativo 4 de 2007, del que se ha dado cuenta en los párrafos anteriores, ha puesto de presente que a juicio de la Corte el artículo 21 del Decreto 028 de 2008 es constitucional, siempre y cuando se interprete de manera armónica con la Constitución. Queda por establecer si las obligaciones que dan sustento a esta excepción pueden o no ser equiparadas a las obligaciones que soportan la excepción estudiada en la Sentencia C-1154 de 2008.

Si bien los créditos laborales no pueden identificarse con los créditos comerciales, como lo deja en claro una revisión somera de la prelación de los créditos, es menester averiguar si las excepciones que nacen de unos y de otros pueden ser equiparables en términos constitucionales. De entrada parece que en ningún caso un crédito comercial puede aspirar a tener mayor protección constitucional que un crédito laboral.

El artículo 21 del Decreto 028 de 2008 reconoce de manera expresa la excepción a la regla de inembargabilidad cuando se trata de créditos laborales, pero no menciona siquiera los demás créditos. Al no mencionarse parecería que las demás excepciones que había venido reconociendo de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional son puestas en entredicho por el Decreto.

En vista de la protección reforzada que tienen los recursos del Sistema General de Participaciones y teniendo el refuerzo adicional y postrero que establece el Acto Legislativo 4 de 2007, quedan dos caminos posibles, sostener que la excepción sigue existiendo o sostener que ésta ya no existe.

Lo primero puede argumentarse a partir de la jurisprudencia constitucional, sobre la base de la *ratio decidendi* indicada en los párrafos precedentes, pues si bien se ha producido un cambio legal en el sentido de eliminar la excepción, las normas constitucionales que sirven de base a la Corte Constitucional para sostener su existencia, siguen estando vigentes, de lo que se sigue que la norma demandada entraría en contradicción con la Constitución.

Lo segundo puede argumentarse a partir de la propia Constitución, que autoriza al legislador para establecer, en ejercicio del principio de la libre configuración de la ley, cuáles bienes son inembargables.

A la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y de la propia Constitución, parece ser más razonable la trayectoria seguida en el primer camino. No obstante, es menester hacer un matiz, pues en todo caso el alcance de la excepción a la inembargabilidad cuando se trate del pago de obligaciones que tengan como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados los recursos del Sistema General de Participaciones, no puede ser mayor que el de la excepción a la inembargabilidad cuando se trata de créditos laborales, pues de lo contrario se estaría invirtiendo la prelación de créditos. Si la excepción no puede ser desconocida, porque hacerlo implicaría violar la Carta, y si su reconocimiento no puede tener un alcance mayor que el de la excepción de los créditos laborales, la solución al problema jurídico planteado no puede ser la inexecutable, sino la executable condicionada, como pasa a precisarse.

CONCLUSIÓN

Con fundamento en las anteriores razones, mi opinión es que la expresión demandada del artículo 21 del Decreto 028 de 2008 es exequible en el entendido de que el pago de las obligaciones que tengan como fuente alguna de las actividades a las cuales están destinados los recursos del Sistema General de Participaciones, reconocidas mediante providencia judicial, debe efectuarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la ejecutoria de la misma, y de que, si los recursos correspondientes a los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial no son suficientes para el pago de las citadas obligaciones, deberá acudir a los recursos de destinación específica.

En los anteriores términos dejo rendida la opinión solicitada.

Con mis sentimientos de consideración,

LUIS JAVIER MORENO ORTIZ
Profesor

LATIN AMERICA FAILED LAW
V. MICRATION OF IDEAS

***Comparative Law approach to the abortion Decision
of the Colombian Constitutional Court***

Andrés Sarmiento Lamus

I. INTRODUCTION

In 2006, a challenge against the articles of the Criminal Code was filed before the Colombian Constitutional Court –hereinafter “the Court”– for the second time in the eighteen years of the Court’s short history. The challenged provisions of the Criminal Code established abortion as a crime punishable without exception. The decision issued by the Court was considered as “historic” landmark in which the Court decided not to consider abortion as crime in three specific circumstances: (i) when the continuation of the pregnancy presents risks to the life or the health of the woman, as certified by a medical doctor; (ii) when there are serious malformations of the fetus incompatible with life outside the womb, as certified by a medical doctor; and (iii) when the pregnancy is the result of any of the following criminal acts, duly reported to the proper authorities: incest, rape, sexual abuse, or artificial insemination or implantation of a fertilized ovule without the woman’s consent¹.

The Court’s decision was six hundred pages long, which includes one hundred and forty five pages –together with dissenting opinion– referring to abortion in a comparative law perspective and trying to analyze how other legal systems dealt how to regulate and permit abortion in the first trimester under precise circumstances.

From a comparative law perspective, the Court decision and its references to foreign solutions, bring into discussion the fiction of

¹ Colombian Constitutional Court, Decision C – 355/06

the “Failed law” of Latin America described by Jorge Esquirol². The fiction of “Failed law” is pervasive in Latin America because legislators, seeking to change domestic laws are inevitably looking to foreign legal systems, as a consequence of the incapacity of Latin American judges and legislatures to justify legal change by ideas rooted in their domestic legal regime. Therefore, legal borrowing and implementing legal reform models adopted by both foreign legislatures and courts seem to be a more promising solution to problematic gap between law and society in Latin America.

This gap consists in the traditional exaggeration that since their independence, many Latin American countries have adopted a very formal legal regime³ in which thousands of legislations are adopted frequently and they remain in the books rather than being applied in practice. The frequent transformation of such laws in the books has traditionally looked towards Europe, in order to borrow new legal ideas. Nevertheless, those legal changes do not create the necessary solutions society needs, because even when Latin America society has stated in each country Constitution –and wants to follow– the same moral values as the European society, societies of Latin America have become different to the European ones; being impossible to pretend look towards Europe arguing Latin America possess the same law and moral values as in Europe⁴. Behind this exaggeration and frequent transformations is the “Failed law” thesis as justification.

Despite the importance of the “Failed law” thesis, which offers one explanation of why Latin American, and in particular, legislatures are obsessed by comparisons, I want to accept in part and partially depart from such thesis. I accept the existence of the gap between law and society –not as an exaggeration⁵– and the necessity to look

² Jorge L. Esquirol, *The Failed Law of Latin America*. 56 Am. J. Comp. L. 75 (2008)

³ Héctor Fix-Zamudio, *Docencia en las facultades de derecho*. 3 Boletín del Colegio de Abogados de México 2 (1973).

⁴ Jorge L. Esquirol, *Fictions of Latin American Law*. 1997 Utah L. Rev. 446.

⁵ Is not an exaggeration in the sense that the very formal regime adopted by Latin American countries has been the most predominant but the only one; along Latin American legal history in countries as Colombia, attempts have arisen to break with the mentioned homogeneity. See, Diego Eduardo López Medina. *El Derecho de los*

towards other countries to find the correct solutions, while I depart in accept the existence of Latin America “Failed Law” idea, first, because it is a mere fiction⁶ and; second, because establishes legal borrowing as the solution.

As what I accept is the existence of the mentioned gap and the subsequent necessity to look towards other countries to address such situation. I am also convinced judiciaries play an important role analyzing both law in the books and courts decisions, in order to block up the gap by adopting what they think fits better for society without rolling over it values⁷, which at the end is another theory of why the law travels that recently some authors labeled the migration of ideas.⁸ Differently from borrowings and legal transplants, the migration of ideas offers an additional explanation to the “Failed law” fiction. From a migration of ideas standpoint, the references made by the Court to the abortion decisions in foreign countries, can be understood as an attempt for strategic change. By using the legitimacy of legal concepts that allowed legal change around the world, concepts such as “privacy”, “human dignity” and the “protection of the unborn” can migrate and, thereby, they are used strategically by Colombian judges. The migration of this ideas in the Latin American context allows legal concepts to perform a different role than the one they performed in Germany, US or Ireland by fitting the expectation and managing the tensions around abortion that are peculiar to the Colombian society.

This paper analyzes the recent Court decision on abortion, by comparing it to the United States, Germany and Ireland abortion decisions. The point of this comparison is to show that the Colombian decision can be placed in a continuum from more liberal to more conservative decisions on the abortion scenario. After

Jueces. 240 (Universidad de los Andes – Legis, 2004). In one the chapters of his book, López Medina mentioned

⁶ Jorge L. Esquirol, *The Failed Law of Latin America*. 56 Am. J. Comp. L. 79 (2008)

⁷ Dennis O. Lynch, *Hundred Months of Solitude: Myth or Reality in Law and Development?* 223 Am. B. Found Res. J. 226 (1983)

⁸ Sujit Choudry, *Migration as a new Metaphor in Comparative Constitutional Law*, in *The Migration of Constitutional ideas* 448, 1 – 36 (Cambridge University Press ed., 2006).

organizing these decisions along a political spectrum where the Colombian decision is half way between Germany and Ireland, this paper focuses on three additional comparative law insights. First, I underline the main concepts established by the three foreign courts to regulate abortion and mediate with different social tensions in the US, Germany and Ireland. Second, I analyze two Colombian Court abortion decisions, the first one decided in 1994 where the Court held that abortion was not permitted under any circumstance. The second one decided in 2006, where the Court allowed abortion in the first trimester under specific circumstances. Finally, the paper analyze the second Court's decision under both the Failed Law fiction and the Migration of Ideas approach in an attempt to depart from the exaggeration of the gap between law and society in Latin America and the constant need of legal borrowing by legislatures and answer: *what significance, if any, do constitutional practices in other nations, or other international influences, have in the resolution of constitutional issues concerning abortion in Colombia?*

II. (U.S. – GERMANY – IRELAND) ABORTION DECISIONS

Comparative constitutional lawyers⁹, analyzing abortion decisions around the world, have focused on the United States well known decisions –*Roe v. Wade* and *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*–, in the attempt to compare them with the 1975 and 1993 German decisions of the Federal Constitutional Court. Both courts in the US and Germany reach functionally similar outcomes in allowing a woman to chose to have an abortion under some limited circumstances. However the justification for their decisions appear diametrically opposite insofar that the United States Supreme Court grounds its decision on the notion of privacy and individual liberty, whereas the German Federal Constitutional Court grounds its decision on the notion of human dignity and the role of the welfare state in preserving the decision of each individual. Differently, for other constitutional law authors¹⁰, the analysis of

⁹ Mark Tushnet & Vicki C. Jackson, *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials*, 1557 (Foundation Press ed., 2006)

¹⁰ Norman Dorse et al., *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, 1383 (Thomson West ed., 2003)

abortion constitutional courts goes beyond Germany and United States and they address other courts decisions such as Ireland and Poland. In both countries the constitutional courts decisions are not as “liberal” in outcomes as the United States or Germany, even when there are resemblances in the reasoning of judges to reach different goals, namely the prohibition for a woman to abort under particular circumstances during the first semester.

My paper shows why it is important to place these Western liberal democracies on a spectrum along the more progressive and the more conservative outcome. However, my work is innovative in two respects: First, I show that is a structural similarity in the way ideas migrate from one country to another, even when they perform different functions. Second, I show that the Colombia decision is key to show that Latin America has a different position than Ireland or the United States on the political spectrum and that the migration of ideas happens in Colombia to mediate with different socio-economic tensions than the ones in Germany, US and Ireland.

Thus, some excerpts from the United States, Germany and Ireland decisions –as an overall view–, will be analyze for a further rationalization of the abortion decision in Colombia.

A. Roe v. Wade (1973)

In this decision, the Supreme Court of the United States – hereinafter “the Supreme Court” – decided whether or not, the Texas statutes, which make it a crime to “procure an abortion” except by medical advice for the purpose of saving the life of the mother, are according to the Constitution. For Jane Roe –plaintiff in the litigation–, Texas statute prohibition “abridged her right of personal privacy, protected by the First, Fourth, Fifth, Ninth and Fourteenth Amendments¹¹.”

In a first moment, The Supreme Court gives an historical background of the abortion through the different stages of humanity, in order to

¹¹ Mark Tushnet & Vicki C. Jackson, *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials*, 1557, 6 (Foundation Press ed., 2006)

conclude abortion is a medical procedure that, “in early pregnancy, that is, prior to the end of the first trimester, although not without risk, is no relatively safe¹².” Consequently, “important state interests in the area of health and medical standards remain. The State has a legitimate interest in seeing to it that abortion, like any other medical procedure, is performed under circumstances that insure maximum safety for the patient.”

Turning the study of the case to the appellant arguments, the Supreme Court begins it asserting “The Constitution does not explicitly mention any right of privacy... [But] the Court has recognized that the right of personal privacy or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution¹³.”

Nevertheless, “this right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment’s concept of personal liberty and restrictions upon state action... is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy... the privacy right involved, therefore, cannot be said to be absolute... [We], therefore, conclude that the right of personal privacy includes the abortion decision, but this right is not unqualified and must be considered against important state interest regulation¹⁴.”

In addition, as “the woman right of privacy is no longer sole and any right of privacy she possesses must be measured accordingly,¹⁵” basically because the State also possess an interest in the health of the mother, which does not happen referring to the unborn. For the Supreme Court – following the arguments of the plaintiff –, the unborn is not included under the definition of “person” provided by the Constitution.

Thus, the Supreme Court established a period of three months – first trimester – in which women can abort without legal consequences, “because of the now-established medical fact that until the end of the first trimester mortality in abortion may be less than mortality in

¹² Ibid., 16

¹³ Ibid., 18

¹⁴ Ibid., 18 - 19

¹⁵ Ibid., 21

normal childbirth... [If] the State is interested in protecting fetal life after viability, it may go so far as to proscribe abortion during that period, except when it is necessary to preserve the life or health of the mother¹⁶.”

The Supreme Court reference to a “right of privacy”, which does not appear in the Constitution, comes from *Griswold v. Connecticut* and other prior cases, where the Supreme Court dealt with the liberty of the individual and how this it, as a general constitutional phrase can limit the powers of legislatures. Consequently, majority of the individual liberties are not explicitly in the Constitution itself, but can be consider on it by the *penumbra* Constitutional Amendments have. Thus, Justice Goldberg, concurring in *Griswold v. Connecticut*, “... [My] conclusion that the concept of liberty is not so restricted and that it embraces the right of marital privacy though that right is not mentioned explicitly in the Constitution is supported both by numerous decisions of this Court, referred to in the Court’s opinion, and by the language and history of the Ninth Amendment.¹⁷”

In that order of ideas, the Supreme Court argument of the right of privacy woman possess, regarding the Fourteenth Amendment, allows her to abort in the first three months of pregnancy.

B. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey (1992)

In this occasion, the Supreme Court dealt with the challenge of unconstitutional of some requirements contained by the Pennsylvania Abortion Control Act, which established “a woman seeking an abortion give her informed consent prior to the abortion procedure, and specifies that she be provided with certain information at least 24 hours before the abortion is performed, For a minor to obtain an abortion, the informed consent of one of her parents... unless certain exceptions apply, a married woman seeking an abortion must sign

¹⁶ Ibid., 22 - 23

¹⁷ William Cohen & Jonathan D. Varat, *Constitutional Law: Cases and materials*, 567 (Foundation Press ed., 11, 2001).

her intended statement indicating that she has notified her husband of her intended abortion.¹⁸”

For the Supreme Court, some problems arrived making the decision, more exactly, determine the exact scope of the right to liberty when “[Neither] the Bill of Rights nor the specific practices of States at the time of the adoption of the Fourteenth Amendment marks the outer limits of the substantive sphere of liberty which the Fourteenth Amendment protects¹⁹,” which can conclude in overruling *Roe v. Wade* reasoning.

Nevertheless, for the Supreme Court there is no influential argument to overrule it earlier decisions, even when decisions earlier to *Roe v. Wade* uphold what the Supreme Court held. In the own Supreme Court words, “Because the case before us present no such occasion it could be seen as no response. Because neither the factual underpinnings of *Roe*’s central holding nor our understanding of it has changed... the Court could not pretend to be reexamining the prior law with any justification beyond a present doctrinal disposition to come out differently from the Court of 1973.²⁰”

As a result, the Supreme Court did a specific change in what it consider not essential in *Roe v. Wade*, i.e. the trimester framework, which is “a rigid prohibition on all previability regulation aimed at the protection of the fetal life. The trimester framework suffers from these basic flaws: in its formulation it misconceives the nature of the pregnant woman’s interest; and in practice it undervalues the State’s interest in potential life, as recognized in *Roe*.²¹” Consequently, the Supreme Court decided to use the undue burden standard, because “is the appropriate means of reconciling the State’s interest with the woman’s constitutionally protected liberty.²²”

¹⁸ Tushnet & Vicki C. Jackson, *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials*, 1557, 26 (Foundation Press ed., 2006)

¹⁹ *Ibid.*, 27

²⁰ *Ibid.*, 34

²¹ *Ibid.*, 38

²² *Ibid.*, 39

According to this new standard, from all the requirements challenged before the Supreme Court, determine if the informant consent and the mandatory 24 hours waiting period constitutionality are the most susceptible issues. Thus, the problem arise trying to answer if “whether the mandatory 24 hours waiting period is nonetheless invalid because in practice it is a substantial obstacle to a woman’s choice to terminate her pregnancy²³,” which for the Supreme Court, does not constitutes an undue burden.

C. 1975 German Abortion Decision

In year 1974, German Legislature issued new abortion regulation based in the periodic model, i.e. abortion before the 13th day following the conception is legal, freedom of punishment for the interruption of pregnancy performed by a physician in the first twelve weeks and, the interruption of pregnancy by a physician after twelve in certain circumstances²⁴. This provisions –enclosed in the Penal Code–, were challenged by a group of legislators, having as a basis the Basic Law, which in one of it articles “protects the life developing itself in the womb of the mother as an intrinsic legal value.²⁵”

For the Federal Constitutional Court –hereinafter “the Federal Court”–, the construction of the constitutional provisions signifies “the protection cannot be limited either to the <<completed>> human being after birth or to the child about to be born which is independently capable of living.... <<everybody>> in the sense of Article 2, Paragraph 2, Sentence 1, of the Basic Law is <<everyone living>>; expressed in another way: every life possessing human individuality; <<everyone>> also includes the yet unborn human being²⁶.”

²³ Ibid., 42

²⁴ (i) in order to avert from the pregnant woman a danger to her life or the danger of a serious impairment to the condition of her health, (ii) the child will suffer from an impairment of its health which cannot be remedie don account of an hereditary disposition or injurious prenatal influences which is so serious that a continuation of the pregnancy cannot be reasonably expected of the pregnant woman; and not more than 22 weeks have elapsed since conception.

²⁵ Ibid., 114

²⁶ Mark Tushnet & Vicki C. Jackson, *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials*, 1557, 115 (Foundation Press ed., 2006)

Furthermore, for the Federal Court, the notion of human dignity plays an important role determining the unborn status. The concept of human dignity and the right to life are indivisible, only where human life exists, human dignity is presented, acknowledging potential life exists in the unborn and, therefore, human dignity.

Thus, “the interruption of pregnancy irrevocably destroys an existing human life. Abortion is an act of killing... [The] obligation of the state to protect the developing life exists – as shown – against the mother as well.²⁷” However, the respect for the unborn life does not mean the woman must sacrifice her own life when in certain circumstances an emergency arise, declaring as unconstitutional the provision allowing abortion before the 13th day of conception.

Perhaps, is important to copy an excerpt of the Federal Court decision, which for comparative purposes is interesting:

“The regulation encountered in the Fifth Statute to Reform the Penal Law at times is defended with the argument that in other democratic countries of the Western World in recent times penal provisions regulating the interruption of pregnancy has been <<liberalized>> or <<modernized>> in a similar or an even more extensive fashion... [These] considerations cannot influence the decision to be made here... [the] legal standards which are applicable there for the acts of the legislature are essentially different from those of the Federal Republic of Germany. Underlying the Basic Law are principles for the structuring of the state that may be understood only in light of the historical experience and the spiritual-moral confrontation with the previous system of National Socialism... [human] beings possess an inherent worth as individuals in order of creation which uncompromisingly demands unconditional respect for the life of every individual human being, even for the apparently socially <<worthless>>, and which therefore excludes the destruction of such life without legally justifiable grounds.²⁸”

²⁷ Ibid., 118

²⁸ Ibid., 123. About this excerpt a comment will be done in the conclusions to this chapter.

D. 1993 German Abortion Decision

After the reunification, a new law was enacted, which stated similar provisions to the ones of the law declared unconstitutional in 1975 by the Federal Tribunal. Thus, practice an abortion during the first 14 days of conception is legal and during the first twelve weeks if the woman goes before a counseling, who authorizes abortion.

For the Federal Court, there is no doubt that the fetus from the moment of implantation possesses human dignity, which signifies he possesses the right to life and, therefore, the state has the duty to protect him. The mentioned protection “required the state to take steps to prevent situations from arising in which a pregnancy would place unreasonable demands on the woman... [which] could render an abortion <<justified>>. Even if abortion in the absence of unreasonable demands were decriminalized, it would still be an unjustified and lawful action.²⁹” So, woman will not be punish under permitted circumstances, even when her action is unlawful.

In addition, the counseling required by the woman during the first twelve weeks of pregnancy –known as “unevaluated abortion”– resulted unconstitutional, because the counseling is not looking towards the protection of the unborn, which is a duty of the state. Hence, medical insurance system must pay only for lawful abortions and exceptionally when woman the woman seeking for an unevaluated an abortion does not have funds to pay for itself.

E. The Attorney General v. X (Ireland)

As a contrast, the Irish experience with abortion can be presented as different in comparison to the United States and Germany. The Irish Constitution, as a consequence of an amendment –known as the Eight Amendment– affirm “The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right.” As a result, abortion in Ireland is not allowed, without exception.

²⁹ Ibid., 131 - 132

In year 1992, a fourteen year old woman –known during the process as “x”–, was sexually assaulted and made pregnant by the father of a friend. When the woman parents tried to travel to Great Britain for an abortion, the public prosecutor went before the court to get an order barring “x” from leaving the country.

The Supreme Court of Ireland, knowing the case in last instance, dealt with two problems: (i) the travel plans posed a real and imminent danger to the life of the unborn and; (ii) the risk that “x” would commit suicide, as a consequence of her actual status.

Even when the right to travel is recognized by the European Community –which Ireland is a party–, “if there were a stark conflict between the right of a mother of an unborn child to travel and the right to life of the unborn child, the right to life would necessarily have to take precedence over the right to travel.”³⁰

Considering the second question, secondary problems arose for its solution. The Eighth Amendment expresses the equal right to life of mother and unborn; nevertheless, the Oireachtas –i.e. Irish Congress– must pass a law to determine the construction of the Amendment, necessary for the resolution of any individual case. Therefore, construing the mentioned provision, the Supreme Court recognized “the Eighth Amendment refer only to the creation or destruction of life... [If] clarity were needed, that the unborn life was also life within the guarantee of protection. It went further, and expressly spelled out a guarantee of protection of the life of the mother of the unborn life, by guaranteeing her life equality of protection, to dispel any confusion there might have been thought to exist to the effect that the life of the infant in the womb must be saved even if it meant certain death for the mother. The death of a fetus may be the indirect but foreseeable result of an operation undertaken for other reasons. Indeed it is difficult to see how any operation, the sole purpose of which is to save the life of the mother, could be regarded as a direct killing of the fetus, if the unavoidable and inevitable consequences of the efforts to save the mother’s life lead to the death of the fetus.”³¹

³⁰ Attorney General v. X and Others, Supreme Court of Ireland, 1992 No. 846P

³¹ *Ibid.*, 72

“Therefore no recognition of a mother’s right of self-determination can be given priority over the protection of the unborn life. The creation of a new life, involving as it does pregnancy, birth and raising the child, necessarily involves some restriction of a mother’s freedom but the alternative is the destruction of the unborn life. The termination of pregnancy is not like a visit to the doctor to cure an illness. The State must, in principle, act in accordance with the mother’s duty to carry out the pregnancy and, in principle must also outlaw termination of pregnancy.³²”

The Supreme Court, decided “x” can travel to Great Britain, based on her physical and mental condition, which constituted a risk for both mother and unborn. Therefore, when “there is a real and substantial risk to the life, as distinct from the health, of the mother which can only be avoided by the termination of her pregnancy, such termination is permissible, having regard to the true interpretation of Article 40.3.3 of the Constitution.³³”

F. Conclusions

After a brief summary of the abortion decisions from three foreign courts, attempting to focus on the *ratio decidendi* and *decisium* of each one, is possible arrive to different conclusions, which will constitute the basis for the Colombian decision.

First of all –from a functionalism approach–, abortion does not have the same treatment in each country, thereby, the United States is the only which allow the woman to abort during the first three months without conditions. Second, abortion after a specific period –first trimester– is allow when there is a risk for the life of the mother or the unborn, in the three countries³⁴. Third, in the three countries there

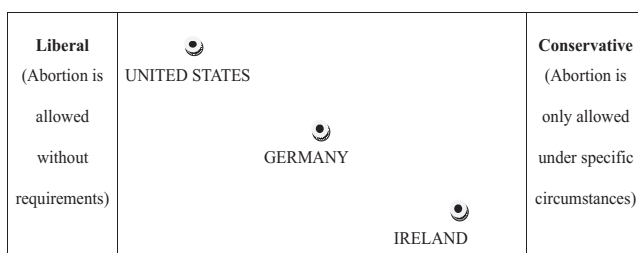
³² Ibid., 72

³³ Ibid., 53

³⁴ Although, in Ireland those three circumstances do not exist, they can be inferred from the “risk for the life of the mother or the unborn” established by U.S. and Germany too. Thus, the three circumstances in the United States and Germany involve the risk for the life of the mother or the unborn, therefore, is possible to conclude in Ireland these three circumstances also exist.

is no doubt the State has an interest in protect the life of the unborn, however, differences arrives in the intensity of such interest. Fourth, Ireland is the only of the countries, where abortion is not permitted under any circumstance on the basis of the liberty woman possesses. Fifth, In the United States the abortion is a legal procedure, while in Ireland and Germany is illegal, even when the State allows it when there is a risk for the life of the mother or the unborn; therefore, the practice is illegal but not punishable. Sixth, only in the United States woman and unborn does not possesses equal rights –i.e. right to life–, because the unborn is not consider a person; on the contrary, Ireland and Germany recognized the same rights on the basis of human dignity³⁵.

In that order of ideas, the following diagram is useful to understand how in each country abortion is construed. The discussion in comparative constitutional law has always moved towards United States and Germany and their differences. Adding Ireland, the diagram will show United States and Ireland in opposite sides, while Germany in the middle³⁶.



G. Reference the concept of Human Dignity

Short lines are necessary to explain in a succinet way a concept familiar in majority of the Civil Law countries and –to a certain

³⁵ Catholic while the other is historical

³⁶ The United States decisions has been placed in the side of the most liberalized around the world, while Ireland in the conservative side. Comparing these two countries is not possible to place Germany in one of the two sides, because some of the elements do not fit correctly; therefore, is not a mere whim the German position in the diagram.

extent– incomprehensible in Common Law countries. Nonetheless, this idea has been detached by the materialization of Human Rights, which contains this concept of Human Dignity implicit. For the purposes of this paper, how this concept of Human Dignity and the role it played in the decision made by the Federal Court must be track down, basically because it is one of the influences on the Colombian decision.

The only possibility to understand in an accurate way the concept of Human Dignity, can only be made from a philosophical point of view. Metaphysics and its founders –i.e. Aristotle and later St. Thomas Aquinas–, can be useful to understand the concept. Relevant passages from the *Summa Theologiae*³⁷, shows the correct meaning for the concept, which refers the human being not as a mere object but an “end itself”. This same idea was studied by Emmanuel Kant, who found that means dignity has no price³⁸. Therefore, all the persons possess human dignity, just for the mere fact of belong to the human specie.

After the end of the Second World War and the victory of the allies, a new project on the German society began with the idea of re-establish the values the “nazi regime” implanted during the war. Thus, German Basic Law enacted in year 1949 – just after the war ended – came up as the new model, opposed to what the Reich did during the Weimar Constitution. After seen all the atrocities committed by the Hitler’s regime, it is very understandable that a provision on the inviolability of human dignity heads the text of the German Basic Law.

³⁷ 8 ST 2-2.102.2: It pertains to those who are established in dignity to govern subjects. Now, to govern is to move some people towards a due goal, just as the naval pilot governs the ship, by steering it to the port. Moreover, every source of movement has some excellence and power over that which is moved [by it]. Hence, it is necessary that in the person established in [a position of] dignity, there is first to be considered the excellence in status with some power over subjects; secondly, there is to be considered the very office of government. By reason of the excellence, *honor* is his due, [honor] being a recognition of someone’s excellence. By reason of the governmental role *submission* is owing to him, which consists in a certain compliance whereby someone obeys their commands and repays at one’s own level benefits received.

³⁸ David Kretzmer & Eckart Klein, *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, 313, 149 (Kluwer Law International, 2002)

Then, the constitution adopts the view that dignity of man means recognition of the human being as a bearer of rights as a person before the law³⁹ –which includes the unborn to according to the Federal Court reasoning–.

III. COLOMBIA AND THE ABORTION (THE CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS)

The Colombian experience dealing with abortion decisions is completely new in comparison with countries as United States and Germany. The first time the Colombian Constitutional Court decided about constitutionality of abortion was in year 1994.

A. RULING C – 133/94

In this time, the plaintiff challenged the constitutionality of the Criminal Code provision which prohibited abortion. As arguments he stated (i) the unborn is not “person” according to the Civil Code definition, which follows the “Birth Theory” to assert a person exist since the moment he(he) born; (ii) thus, the State has the duty to protect a person, and as the unborn is not included in the category, there is no reason for a provision prohibiting abortion; (iii) Constitution guarantees the freedom of conscience, therefore, the Constitution allows the woman to make voluntarily an abortion, and; (iv) even when Constitution also guarantees freedom of religion, the idea of treat the unborn as person privilege the Catholic Church point of view, which the majority in Colombia follows but is not the only religion.

The Court affirmed the constitutional protection of life extended to the unborn, which is not *stricto sensu* a person, but possess the right to life. Consequently, the Court ruled the Congress has the power to decide the measures to protect human life and, when there is a tension between the rights of the mother and the unborn, Congress and not the Court is the authorize –and adequate– body to design the right criminal policies for these situations.

³⁹ Ibid., 146

Three justices issued a dissenting opinion, in which they agreed with the majority position concerning the legislature's power to criminalize abortion, but strongly criticized the absolute character of the criminal provision under review, because the provision did not account for the possibility of the cases in which abortion is less damaging alternative for both the mother and the legal system⁴⁰.

In the majority of the arguments given by these three justices, some of the ideas of the United States and Germany decisions can be found. Thus, referring to the intrinsic value of life, even when "there is a consensus in consider abortion as morally problematic, which can be justified, according to some say, it can be practice only when powerful reasons exist, among others save mother's life, rape or the unborn has serious malformations problems. Some perspectives –as the one ruled by German constitutional jurisprudence– consider it can also be justified, too, if the burden pregnancy involves to the mother, limits her opportunities up to the point to prevent her of carrying out as human being, attended her social and economic circumstances. Lastly, the doctrine based on the *right of privacy* defence, established by the United States Supreme Court in *Roe v. Wade*, recognized the woman right to choose, through the first trimester of her pregnancy –period's system– if she wants to carry the fetus or abort, without any risk for her life, going to the health service the State offers, with what the woman has the liberty to decide on this moral option.⁴¹"

B. RULING C – 013/97

Going through an *actio popularis* against a provision of the Criminal Code, which established lower penalties for mother convicted of abortion when pregnancy resulted of rape or unconsensual embryo implantation or artificial insemination? For the plaintiff in this case, the mentioned provision was unconstitutional, because gives to human life a lower value. Again, the Court affirmed Congress as the

⁴⁰ Manuel Jose Cepeda, *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court*, 3 Wash. U. Global Stud. L. Rev., 558 (2004)

⁴¹ Sentencia C – 133/94

responsible to criminalize abortion and determined as constitutional such criminal provision. It must be noted that this decision expressly defined abortion as an action that should be “repudiated”, and quoted a number of Papal Encyclicals to support its line of reasoning, a matter expressly disapproved by the dissenting justices⁴².

RULING C – 355/06

In year 2000, new justices were elected in the Constitutional Court. This judicial body composed by justices qualified as “experts in the last law theories”, made a new decision in year 2006, examining constitutionality of the provisions criminalizing abortion in the new Criminal Code enacted in year 2000. As a result, the Court decided the provisions are constitutional but do not constitute a crime under specific circumstances.

The relevant considerations of the Court – for the purposes of this paper –, can be divided in five main topics as follows: (i) Life seen as a constitutionally relevant value that must be protected by the Colombian State and as distinguished from the “right to life”, (ii) The principle and fundamental dignity right as a limit on the legislature’s discretion over criminal matters, (iii) The right to free development of the individual as a limit to the legislature’s discretion over criminal matters, (iv) Health, life and bodily integrity as limits to the legislature’s discretion over criminal matters, and; (v) the issue of abortion in comparative law. Some excerpts from the Court’s decision concerning these five topics are important here.

(i) Life seen as a constitutional relevant value that must be protected by the Colombian State and as distinguished from the “right to life”

“...[Although] one of the Congress function is the approval of suitable measures to fulfill the duty to protect life, this does not mean that all of the measures taken with such determination are therefore

⁴² Manuel Jose Cepeda, *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court*, 3 Wash. U. Global Stud. L. Rev., 558 (2004)

justified, because despite of its constitutional relevance, life does not have the relevance of an absolute value or right, and it must be weighed with all of the other constitutional values, principles and rights.”

“Within the constitutional norms, life receives different normative treatment. Therefore, is possible to make a distinction between the right to life established in article 11 of the Constitution, and life as a constitutionally protected right. The right to life supposes that there is an entitlement of such right in order for it to be exercised, and that entitlement, as in every single right, is restricted to the human being. On the other hand, protection of life can be predicted even from those who have not yet reached this condition.”

“... [According] to the points exposed, life and the right to life are different phenomena. Human life takes place in different stages and is shown in different forms, which at every given time have a different protection by the laws. The legal system does grant protection to the *nasciturus*, but not in the same level and intensity as it does to the human being. This goes to the extent that in most of the legislations there is a higher penalty for infanticide or for homicide than for abortion. The protected right is not identical in these cases and because of that, the legal significance of the social offense determines a different degree of reproach and a proportionally different penalty.”

(ii) The principle and fundamental dignity right as a limit on the legislature’s discretion over criminal matters

“Despite their different functional nature, the norms that are deduced from the normative statement of human dignity – the constitutional principle of human dignity and the fundamental right to human dignity – agree in what refers to the scope of protected behaviors. As a matter of fact, this Court has stated that in those cases in which human dignity is used argumentatively as a relevant criterion to decide, can be deduced that it protects: (i) the autonomy or possibility of designing a life plan and self – determination according to that plan’s characteristics (living at will), (ii) certain

concrete material conditions of existence (living well), (iii) the intangibility of non patrimonial goods, physical and moral integrity (living without humiliations).”

“... [Thus] human dignity assures a scope of autonomy and moral integrity that must be respected by the State and particulars. Regarding women, the scope of protection of human dignity includes both, the decisions related to her life plan, which include reproductive autonomy, and the guaranty of her moral intangibility, which would be concretely evidenced in prohibitions to assign stigmatizing gender roles, or deliberately inflicts moral suffering.”

“...[In] those terms, especially regarding its first meaning – human dignity as the protector of a scope of individual autonomy and the possibility of choosing a life plan – the constitutional precedents have understood that it establishes a limit to the legislature’s constitutive power in criminal matters.”

(iii) The right to free development of the individual as a limit to the legislature’s discretion over criminal matters

“As the Constitutional Court has stated, this right condenses the *in nuce* liberty, “because any type of liberty is reduced to it”. This right deal with the general right to act, which understands the specific freedom rights established in the Constitution (freedom of religion, of conscience, of expression, of information, of choosing a profession or occupation, economic freedoms, etc.), along with the scope of individual autonomy, which is not protected by any of those rights.”

“For a long time, constitutional precedents have identified a scope of conducts protected by the right to free development of the individual, among which it is important to mention the following because of their importance to case under analysis.”

“The right to be a mother, or in other words, the right to opt for motherhood as a “life choice,” is a decision of the utmost private nature for each woman. Therefore, the Constitution does not allow

the state, the family, the employer or educational institutions to introduce any regulation or policy infringing the right of a woman to choose to be a mother or that interferes with the rightful exercise of motherhood. Any discriminatory or unfavorable treatment of a woman on the basis of special circumstances she might be facing at the time of making the decision of whether to be a mother (for example, at an early age, within marriage or not, with a partner or without one, while working, etc.) is a flagrant violation of the constitutional right to the free development of the individual.”

(iv) Health, life and bodily integrity as limits to the legislature’s discretion over criminal matters

“The Constitutional Court has mentioned several times that the right to health, even if it is not included as one of the rights the Constitution considers fundamental, it acquires such essence when is connected with the right to life, i.e. when its protection is necessary to preserve the life of a person.”

“*Prima facie*, it is not proportionate or reasonable for the Colombian state to obligate a person to sacrifice her or his health in the interest of protecting third parties, even when those interests are also constitutionally relevant.”

(v) The issue of abortion in comparative law

“Without pretending to describe foreign legislation or the jurisprudence in other countries, a highlight can be placed on the fact that, even though abortion has been subject to legislative changes in most of the western States, constitutional judges have also pronounced statements regarding the constitutional dimensions of legal norms subject to constitutional control.”

“... [However] the legislature’s intervention in this subject has not been an obstacle for the abortion to be a matter approached by constitutional tribunals. Only to exemplify this point, the decisions of the U.S. Supreme Court of Justice in 1973, of the German Constitutional Tribunal in 1975 and 1985, and of the Spanish

Constitutional Tribunal in 1985, can be mentioned. This does not intend to be a description of the constitutional laws in these three countries, or their jurisprudential evolution.”

“Even though it has not been the only opportunity on which it has dealt with abortion, *Roe vs. Wade* constitutes without a doubt the most well-known case approached by the U.S. Supreme Court on this matter. The controversy took place starting from a lawsuit filed by a citizen that claimed her right to abort, and therefore alleged the unconstitutionality of the norm that criminalized abortion in the state of Texas. In this opportunity the U.S. Supreme Court explicitly recognized the right of pregnant women to abort, being this a right that derives from the right to individual autonomy and intimacy to make decisions that are free from the State or third parties intervention in the individual private sphere (Fourteenth Amendment of the U.S. Constitution).”

“Nonetheless, the Court also recognized that the State has a legitimate interest on the protection of both, women’s rights and the potential life of the unborn. As a result, it stated that none of those two interests can be disregarded, but, in every stage of the pregnancy of a woman, both will have different importance.”

“... [In] the same order of ideas, two decisions by the German Constitutional Tribunal can be highlighted. On the first decision about abortion (Verdict 39, 1 of 1975), the German Constitutional Tribunal decided that section 218A of the legislation of the Federal German Republic, which decriminalized the practice of abortion during the first three months of pregnancy without the need for the mother to justify herself, was unconstitutional. The constitutional judge argued that the German Constitution protects the life of the unborn as an independent legal interest, which detaches from the affirmation that life and human dignity are supreme and unquestionable values contained in Bonn Fundamental Law. Following these axiological principles, the woman has a duty to take her pregnancy until the birth moment, and the state has the obligation to implement legal mechanisms inclined to protect the life of the fetus. Therefore, it is possible and even desirable for the legislature to impose criminal

sanctions, or others with the same effectiveness, inclined to avoid a reproachable conduct such as abortion.

“However, at the same time as the German Constitutional Tribunal emphatically declared the preeminence of the legal interest in the protection of the unborn over the protection of the right to free development of women, it also admitted that the obligation to take pregnancy until the birth moment exists with the exception of those cases on which it becomes such an extraordinary and oppressive burden that it results reasonably unenforceable. According to the Tribunal, this take place particularly when the woman has special reasons of medical nature (continuing with pregnancy endangers her life or is a serious threat against her health), eugenicist (the fetus will suffer of serious malformations), ethical (the pregnancy is the result of a crime such as rape) or social (serious economical needs of the woman and her family).”

D. SOME COMMENTS ON THE COURT’S RULING C – 355/06

Two dissenting and two concurring opinions were presented in this time at the decision made by the Court. Both dissenting –Rodrigo Escobar Gil and Marco Gerardo Monroy Cabra– argued the rights of the mother cannot have more value than the unborn, even under circumstances constituted as an undue burden for her. For the justices how delivered this idea, the *ratio decidendi* of the previous decision –C 133/94–, had to be follow and, therefore, abortion must be criminalize as the Criminal Code do it, i.e. without giving the woman any possibility to get an abortion.

From the two dissenting opinions, the one from Justice Manuel José Cepeda Espinosa contains a good comparative law analysis. As Cepeda stated, his only purpose in his concurring opinion, was to explain additional reason which led him to share the decision from the majority, in his words, “This reason is based on comparative constitutional jurisprudential law, which served a critical function in defining my position.”

Cepeda made a summary of several countries abortion decisions, including –as well as United States, Germany and Ireland– Italy,

France, Portugal, Spain, Canada, Hungary and Poland. Thus, after showing the “status of the art” of abortion in the Western, he concluded: (i) The legal question of abortion must be solved according to the Constitution in force in each country, (ii) None of the decisions concluded the legislature has an absolute competence regulating the abortion matters, (iii) Prohibition of abortion cannot be absolute, (iv) At some stages of pregnancy –not the same for each country– life of the unborn justifies criminalization of abortion, (v) Life of the unborn can be limited to respect the rights of pregnant women, and (vi) Three conditions have been considered solid enough to justify abortion.

IV. FAILED LAW V. MIGRATION OF IDEAS

For many decades, the changing process in most of the Latin American countries has been determined by the idea of an inadequate legal system, as a consequence of the wide rift existing between State law as enacted and the way people behave⁴³ and the impossibility to make laws enforceable. Therefore, the discourse managed in Latin America –based on the legal system inadequateness– to support an urgent change, moves around the “Latin America Failed Law” idea, which has impregnated the entire society.

The idea of “Failed Law” –for both legislature and judiciary– can only be suppressed by changing the existing laws and looking legal systems abroad. Thus, “borrowing ideas” abroad has been usually the next step used, in this attempt for suppress the stigmatization Latin America gave itself.

Nevertheless, the idea of “borrowing” always signal that positive is being transferred without alteration, which takes attention away from the cases in which one country draws negative implications from another country’s experience or from the cases in which ideas are irremediably altered as they moved⁴⁴. Therefore, the Latin American

⁴³ Jorge L. Esquirol, *Continuing Fictions of Latin American Law*, 55 Fla. L. Rev. 41, 49 (2003).

⁴⁴ Lane Scheppel, *The Migration of anti-constitutional ideas: The post-9/11 globalization of Public Law and the International State of Emergency*, in *The Migration of Constitutional Ideas* 448, 348 (Sujit Choudry ed. 2006)

experience has showed, how each time a process of “borrowing ideas” happen in the region, the gap between law and society increase as a consequence of the change, which –most of the times– goes in the opposite direction it should do it to give solutions. Hence –besides the problem of expect laws will succeed as they did in the country from they were borrowed–, following Jorge Esquirol⁴⁵, this “Latin America Failed Law” idea bring –at least– three more consequences: (i) Undermine legitimacy of State law and it institutions; (ii) Keep decisions off the table, and; (iii) Undermines the positions of many Latin American States in hemispheric legal relations.

Emphasizing on this, the process of “borrowing ideas” does not take into account the conditions in which the borrow idea was created, in other words, the issues the legislature tried to regulate passing a law, or the judiciary tried to solve pondering specific rights. Borrow do not take into account neither the context ideas come or the specific problems that need to be solve in the country that is borrowing.

On the other hand, migration of ideas –which occurs at various stages in the life-cycle of modern constitutions⁴⁶–, in opposition to the “borrowing” idea, resist to the initiative of bring without any change the laws of foreign countries and, therefore, the context of the place where the ideas are migrating must be take into account. In other words, borrowing implies both that ideas are positive influence and cannot be subject to modification or –even– adaptation; on the contrary, under migration, the borrowing prohibitions does not apply and the place where ideas are migrating has the discretion to receive them conferring more or less value, or making them fit into the place, according to its institutional, social, historical and cultural

⁴⁵ Jorge L. Esquirol, *The Failed Law of Latin America*. 56 Am. J. Comp. L. 75, 77 (2008)

⁴⁶ Sujit Choudry, *Migration as a new Metaphor in Comparative Constitutional Law*, in *The Migration of Constitutional ideas* 448, 1 – 36 (Cambridge University Press ed., 2006). For him three stages in the migration of ideas can take place: (i) The use of foreign law in constitutional interpretation; (ii) The use of foreign constitutions in the process of constitution-making; and, (iii) From the national to the supranational level. Of these three different stages, Colombia has passed over the second one when the 1991 Constitution came into force; migrating ideas basically form the Spanish and German constitutions. In addition, show how the first stage has been used is the purpose of this paper.

context⁴⁷. Migration of ideas – according to the approaches referred here –, might be solution to the “Failed Law” idea Latin America have been carrying for decades, permitting substantial changes only when they are required and not under a functional approach –under– which Latin America must enact laws of those countries where they really work. Nonetheless, is possible to question if this migration approach can make the “Failed Law” idea disappear from many scholars mind.

For Jorge Esquirol –with whom I agree–, the Latin America “Failed Law” idea is nothing more than a mere fiction⁴⁸, not because it does not exist but because of the purpose it was conceived, i.e. legal changes. Even when is true that there is a rift between law and society⁴⁹, this sole argument is not enough to categorize the law in Latin America as “Failed”, especially when this is a problem the majority of Civil Law Family have to deal with as a consequence of establish most of the rules in codes, which with the pass of time require some changes in order to adjust them to the society necessities. Thus, the real problem the “Failed Law” idea possess, consist in the subsequent use of the “borrowing ideas” approach to solve the problem.

Considering the “Failed Law” idea in Latin America does not exist, is a mere fiction or a utopia; migration of ideas approach is the most accurate to answer the “Failed Law” idea and it consequences, i.e. legal changes – by borrowing ideas – which does not work.

Therefore, answer to “*what significance, if any, do constitutional practices in other nations, or other international influences, have in the resolution of constitutional issues concerning abortion in Colombia?*” is a question that can only be consider regarding the migration of

⁴⁷ This second way in which ideas can migrate, resemblance to other of the comparative constitutional law approaches, i.e. contextualism. As Tushnet has defined it, contextualism “emphasizes the fact that constitutional law is deeply embedded in the institutional, doctrinal, social, and cultural contexts of each nation, and that we are likely to go wrong if we try to link about any specific doctrine or institution without appreciating the way it is tightly linked to all the contexts within which it exist”. See Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, 10 (Princeton University Press ed.,)

⁴⁸ Jorge L. Esquirol, *The Failed Law of Latin America*. 56 Am. J. Comp. L. 75, 78 (2008)

⁴⁹ See footnote 40

ideas. On the contrary, the use of other ways of doing comparative law, such as the “normative universalism” and “functionalism”, are unsuccessful trying to answer to the question, precisely because of the effortless answer they can provide. “The way Colombia solves constitutional issues concerning abortion to the abortion problem differs from the practices around the rest of the world” is the only possible answer from this to ways, which reinforce the idea of “Failed Law” and can open the possibility to “borrow ideas”.

In addition, “contextualism” and “expressivism” approaches, even when they are useful answering the question by a deep analysis about to what extent the constitutional experiences are useful in Colombia –i.e. how the social, cultural and religious contexts of the country can limit the influences coming from the outside–, they can be more useful if are study together with the migration of ideas. As a result, from the decision of add to the migration of ideas approach these two –thinking on them as a whole–, a precise comparative law study in which, besides of analyze which ideas migrated –and how they did it– is possible to add the reasons why some ideas tried to migrate but could not do it.

After all, the question previously referred –following this new panorama– goes beyond showing how foreign experiences are useful in Colombia solving abortion issues⁵⁰, tries also to analyze how migration of ideas works –including which ideas migrate– in Colombia and it utility solving the consequences “Failed Law” idea has brought, i.e. (i) Undermine legitimacy of State law and it institutions; (ii) Keep decisions off the table, and; (iii) Undermines the positions of many Latin American States in hemispheric legal relations.

A. RULING C- 355/06 AND THE MIGRATION OF IDEAS

After reading the Court decision, one might assume the Court large reference to the issue of abortion in comparative law –an exclusive chapter for it– must have a concrete reason. Thus, the reason to look for can be extracted from Justice Cepeda concurring

⁵⁰ As mentioned above, “normative universalism” and “functionalism” are also able to answer the question; nevertheless their scope is lesser compare to the migration of ideas approach and, is not useful for the main purpose of this paper.

opinion, “*Comparative constitutional jurisprudential law shows that when a Constitution, as the Colombian one, contains a Bill of Rights, the legislature is forbidden to adopted absolutist positions, whether if it is to protect the life of the fetus, or to ensure the freedom of women.*” Nevertheless, this statement only find it true context under migration of ideas approach, basically if is take into account “normative universalism” or “functionalism” can arrive to the same Justice Cepeda conclusion, but cannot go beyond it, because under comparative law abortion is regulated in different way in each country and, the Colombian standard is not identical to other country.

Therefore, once the different abortion decisions of three western countries –each one of them giving a different solution to the abortion issues– has been analyzed and is known the substantial changes Colombian Constitutional Court decision made regarding abortion, is possible to establish the ideas that migrated and the significance they had in the decision.

In part three (III) of the present paper, study of ruling C – 355/06 was divided in five main topics, which –excluding the fifth one– contains an idea migrating from United States or Germany, which was essential for the Court decision. The following scheme can be useful to understand the migration.

| | UNITED STATES | GERMANY | IRELAND |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------|---------|
| Life seen as a constitutionally relevant value that must be protected by the Colombian State | | ✓ | ✓ |
| The principle and fundamental dignity right as a limit on the legislature’s discretion over criminal matters | | ✓ | |
| The right to free development of the individual as a limit to the legislature’s discretion over criminal matters | ✓ | | |
| Health, life and bodily integrity as limits to the legislature’s discretion over criminal matters | ✓ | ✓ | ✓ |

Even when the graphic above results explicit on its content and analysis, few comments –or appreciations– for a better comprehension on how constitutional ideas in the abortion case migrated to Colombia are necessary, furthermore, when some critics might expect of this migration of ideas classification.

First of all, must be recognized that the idea of “life seen as a constitutionally relevant value that must be protected by the Colombian State” might be migrating not only from Germany and Ireland but also from the United States. From the excerpts and analysis of both United States decisions, can be concluded –and even the Supreme Court of the United States made it textually– that the State possess an interest in the protection of the unborn life as it is in Germany and Ireland. Nevertheless, for the Supreme Court of the United States the unborn cannot be considered “person” according to the Constitution and, therefore, the State has a mere interest in the protection of the unborn life when he is viable. On the contrary, Germany and Ireland are more emphatic in the equal protection of mother and unborn right to life by recognizing that wherever life exists, the state must protect it.

This idea –Germany and Ireland– was followed by Colombia, where the Court recognized the unborn must be protected by the State by the sole fact that there is life –without stage of pregnancy distinctions–, even when he does not possess the protection of the constitutional right to life, which can entitle him to enjoy the full protection of other constitutional rights, of which right to life is the basis.

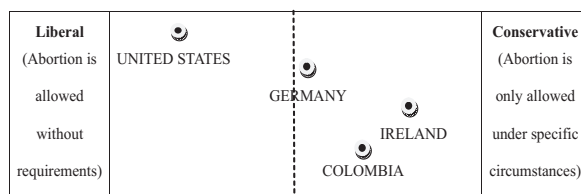
Secondly, the idea of “the principle and fundamental dignity right as a limit on the legislature’s discretion over criminal matters”, as construed by the Colombian Constitutional Court, do not seem to have a close connection with the German human dignity idea.. Even so, the migration of this idea came years before when the 1991 Constitution was enacted, because one of the constitutional experiences Colombia looked towards in that moment was Germany. Moreover, since year 1992 the Constitutional Court began construing this constitutional right and principle; in a 1992 decision the Court held that “This Constitution shares a new philosophical orientation that places man in the privileged position and is the most effective instrument in service of the dignifying of the human person. This is shown by a

good part of its text, but specially the preamble and articles 1 to 95, which permeate all the national order.⁵¹” In that order of ideas, the Constitutional Court has been construing the idea human dignity for nineteen years and when the abortion provisions were challenged in year 2006, the Court already has its own construction of human dignity –in the Colombian society–, based on the German idea, been this the reason why identify the migration in the human dignity idea is only possible looking backwards.

V. CONCLUSIÓN

The migration of ideas approach has been useful for Latin America –especially after the creation of Constitutional Courts–, to wipe out the gap between law and society perception, where law and legal ideas borrowed by Europe –mostly– and United States simply because remain in the books and do not apply in practise. Additionally, “hard cases”, as abortion, are the perfect example to show how borrowing ideas still not being the path Latin America follows and, on the contrary, migration of ideas allows local judges to pick and choose what they consider as relevant by making ideas fit into Constitution interpretation and better solve the tension in their society.

After the analysis, the first question that arises is where to place Colombia in the comparative law of abortion scenario. The graphic did in the analysis of the United States, Germany and Ireland –this time including Colombia– can help how abortion is regulated nowadays.



When the Colombian Constitutional Court made it decision on abortion in 2006, the main purpose of the judicial elites was to mention the “status of the art” in a vast number of Western countries

⁵¹ Colombian Constitutional Court, Decision T – 414/92

for two reasons. The first one was to find the ideas that were migrating from the US and Europe in order to legitimize their use of foreign law and bring about legal change by using strategically the failed law fiction. Secondly they used the notions of human dignity and privacy by departing from the function of these ideas in Germany or in the US and to address the problems Colombia was facing with abortion at the time, i.e. the subsequent practice of illegal abortions, the stigmatization women suffered when they practiced an abortion, especially in a society with a predominant catholic population. Those problems lead me to ask if the graphic –bearing in mind the problems faced by other constitutional tribunals were not the same that the Colombian Constitutional Court faced– shows the exact scenario and if Colombia is well placed. Answering the question, Justice Cepeda thought:

*“In comparison with the jurisprudence of other constitutional tribunals worldwide, Colombian jurisprudence on abortion, represents an intermediate stance. On the one hand, decisions like the one adopted by the U.S. Supreme Court in Roe v. Wade, recognizing the right of women to choose to carry out an abortion and the qualitative differences between state protection of unborn humans vis-à-vis protection of born persons, represent the most pro-choice position. Other courts have adopted an intermediate stance, such as the German Constitutional Tribunal, for which the fetus receives full state protection. This stance supports the criminalization of abortion, but also admits that, under certain circumstances, the protection of the mother’s rights becomes more important than the interest in the fetus’ life.”*⁵²

Following Cepeda’s argument one can find what, from the migration of ideas perspective, Colombia is well placed between Germany and Ireland, because –as have been established before and he remarks–, the ideas of human dignity and equal protection to the life of the mother and the unborn, are the most influential for the Court’s decision, even when the Court accepted the mother possess a right of “privacy” based on the right to free development of the individual. Additionally, one important difference exists between Germany,

⁵² Manuel Jose Cepeda, *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court*, 3 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 529, 558 (2004)

Colombia and Ireland. In the first one, abortion is not allowed during the first three months if the woman goes to a physician and he authorizes; in Colombia, the requirements to practice an abortion are related with health issues, even when the mother possess the her to free development, which enclose the right of the mother to finish her pregnancy status; consequently, even when Ireland allows abortion for health issues, mother and unborn possess equal rights.

Another –final– aspect to take into account is the middle line in the graphic dividing the countries on the scenario. By this line I tried to create a division in terms of legality of abortion inside the scenario, having the United States as the unique country where this practice is legal during the first three months of pregnancy.

A. Migration of ideas challenges

Even when the structure and further practice –as this paper has shown– of migration of ideas is important to address some of the problems Latin American courts have dealing with “hard cases”, judicial behaviour⁵³ and the perception some judges have about comparative law⁵⁴ is probably the main difficult migration of ideas in Latin America.

Nonetheless, society is not changeless and law must evolve as fast as society. Let judges stop thinking about comparative law from a functional approach is, therefore, a first necessary step to banish of Latin America the “Failed Law” thesis.

⁵³ See, David Landau, *The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A new Approach to modeling Judicial Behavior in Latin America*, 37 *Geo. Wash. Int'l. L. Rev.* 687 (2005)

⁵⁴ Colombian Constitutional Court in decision C – 342/06 noted that, “*although the examination of the mentioned foreign influence helps to understand how a benches regime works, it must be understood and applied inside the current Constitution context. Resort to comparative law is, without a doubt, important in the measure in which it facilitates the comprehension of certain legal institutions; furthermore when we are in a globalized world, in which reciprocal influences between diverse legal systems are more frequent. But not because of this we can forget this is only an auxiliary criterion of interpretation and what is important in constitutional hermeneutic is depart from the text of the Colombian Political Charter and the reality that constitutes the regulation object.*”

DESACATO A ÓRDENES JUDICIALES

Luis Javier Moreno Ortiz

Miguel Ocampo Gómez

Honorable
CORTE CONSTITUCIONAL
Magistrado Ponente
Jorge Iván Palacio Palacio.
E. S. D.

Referencia: Expediente D – 7903 Decreto 2591 de 1991, artículo 52, inciso 2 (parcial), Ley 393 de 1997, artículo 29, inciso 2 (parcial) y Ley 472 de 1998, artículo 41, inciso 2 (parcial). Actor Manjarrés Charris Ricardo Alberto y otros.

Se ha solicitado a la Universidad Sergio Arboleda rendir concepto respecto del asunto de la referencia, y los suscritos, comisionados por el Señor Decano, se permiten remitirlo en los siguientes términos:

LA DEMANDA

Los ciudadanos Ricardo Alberto Manjarrés Charris, Haroldo Enrique López Turizzo y Jaime Luis Arias Fonseca, demandaron la inconstitucionalidad del artículo 52, inciso 2 (parcial) del Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política; el artículo 29, inciso 2 (parcial) de la Ley 393 de 1997 por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política; y el artículo 41, inciso 2 (parcial) de la Ley 472 de 1998 por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política, en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

Los artículos puntualmente demandados tratan la figura del desacato a órdenes judiciales y específicamente la demanda ataca el hecho de que haya consulta para los autos sancionatorios derivados del incidente de desacato, pero no para los autos que desestiman el mismo, además, en el caso de la reglamentación de las acciones de cumplimiento, se otorga al sancionado el recurso de apelación, es decir, sólo en el caso del auto que estima el desacato. Los actores argumentan que tal omisión legislativa contraría el Preámbulo de la Constitución, así como los artículos 2, 13, 29, 228 y 229.

Las disposiciones demandadas prevén un grado de protección judicial adicional para quien es sancionado dentro de un incidente de desacato, respecto de quien promueve el incidente y le niegan la pretensión, puesto que en el primer caso, todas las normas demandadas estipulan el grado jurisdiccional de consulta, lo que no sucede para el segundo, y como ya se dijo, en la reglamentación de la acción de cumplimiento, se prevé el recurso de apelación para el sancionado.

EL PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta que en las normas demandadas existe una omisión legislativa, la cual consiste en no consagrar el grado jurisdiccional de consulta para quien es el actor dentro de un incidente de desacato, ni el recurso de apelación en el caso específico de la acción de cumplimiento, el problema jurídico sería: ¿Es constitucional que una Ley, y en su caso un Decreto con fuerza de Ley, otorgue beneficios procesales adicionales a una de las partes dentro de un incidente de desacato?, ¿tal omisión legislativa tiene fundamento constitucional?, ¿hay motivos constitucionalmente relevantes, razonables y suficientes para diferenciar la protección judicial, y en el caso específico de la acción de cumplimiento, la posibilidad de defensa, entre dos partes de un mismo proceso, es decir, entre quien promueve el incidente de desacato y quien es acusado de tal conducta? La hipótesis de los actores es que tales situaciones son inconstitucionales, no sólo por el trato diferencial que se da a las partes, sino en sí mismas, por no brindar medios de defensa al actor, así como por las consecuencias sociales que de esta omisión se pueden derivar.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL DECISIÓN PREVIA RELEVANTE

Sobre este punto la jurisprudencia se ha pronunciado de manera relevante en sentencia C-243 de 1996, en la cual declaró la exequibilidad de la expresión: *“la sanción será impuesta por el mismo juez, mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción”*, del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, al ser desestimadas las violaciones a la Carta que proponía el actor, las cuales resultan ser muy similares a las de la demanda que ahora nos ocupa. De manera pues que por lo menos sobre este punto en particular existe la cosa juzgada constitucional.

En cuanto a la violación al debido proceso la Corte dijo que *“...Al establecer que una providencia será objeto del grado de jurisdicción llamado consulta, y el efecto en que esa consulta se tramitará, la ley está justamente estableciendo con antelación y de manera general y abstracta, los términos dentro de los cuales se administrará justicia en un proceso concreto. Con ello, lejos de violar el principio del debido proceso, lo desarrolla, al precisar los derechos y deberes de los sujetos procesales en el trámite incidental que nos ocupa...”*, con lo cual indica que en este caso el artículo 29 de la Constitución no presenta violación alguna por parte de la norma acusada.

Tratándose del acceso a la justicia expresó que *“...Para quien interpuso la presente acción de inconstitucionalidad, el derecho de acceso a la justicia resulta vulnerado por la norma sub examine por cuanto que “únicamente puede acceder a la segunda instancia el accionado o demandado pero el accionante o demandante nunca lo podrá hacer”*. Confunde con esto el acceso a la justicia, con el acceso a la segunda instancia judicial. La negación de la segunda instancia no es de suyo una negación del derecho de acceso a la justicia y así lo entiende el ordenamiento constitucional. De otra forma, no hubiera dispuesto en su artículo 31 que toda sentencia será susceptible de apelación o consulta, salvo las excepciones que consagre la ley”, así pues, nos muestra cómo el artículo 229 de la Constitución tampoco resulta vulnerado por la norma objeto de examen.

Sobre la violación al artículo 31 de la Carta, el cual reza: “*Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley*”, la Corte es clara en manifestar que este cargo no tiene ningún fundamento, puesto que en el artículo mismo está consagrada la posibilidad que tiene la ley de fijar excepciones, al respecto dijo que “*la norma constitucional autoriza expresamente para establecer excepciones al principio por ella consagrado de que toda sentencia podrá ser apelada o consultada. Luego perfectamente se puede concluir que estamos en presencia de una excepción legal autorizada por la Constitución, al principio que señala que toda sentencia es susceptible de segunda instancia*”.

Por último, en cuanto al derecho a la igualdad, la Corte manifestó: “*cabe pensar que al establecer que la providencia sancionatoria debe ser consultada, viola el principio constitucional aludido, por cuanto no existe esta misma posibilidad cuando en auto decide el incidente sin imponer sanción. Al respecto, como ya lo ha reiterado en varias oportunidades esta Corporación, el principio de igualdad no consiste en dar a todos lo mismo, sino en la proporcionalidad de las medidas adoptadas frente a diversas situaciones jurídicas, con miras a la obtención del bien común. En el caso de la norma sub examine, la situación jurídica de quien es sancionado de resultados del incidente de desacato es bien distinta de la de quien promueve este incidente, cuando el auto que lo resuelve no aplica la sanción. En efecto, la norma prevé una sanción que puede consistir en arresto hasta por seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos, salvo que en el decreto ya se haya señalado otra consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Estas sanciones impuestas por el juez de tutela cuando comprueba el desacato, son manifestación del poder disciplinario y coercitivo del juez y pueden consistir, como se ha dicho, en la limitación de la libertad personal del sancionado o en una multa. En cambio, el auto que pone fin al incidente sin aplicar sanciones, no significa para quien propuso el incidente ninguna de estas posibilidades sancionatorias. Esta diferencia de circunstancias justifica la diferencia de tratamiento legal y el celo del legislador en dictaminar como obligatorio el grado jurisdiccional de la consulta solamente para el auto que decide el incidente aplicando la sanción. Las*

diferentes situaciones jurídicas esbozadas justifican plenamente la desigualdad de la ley en punto de la concesión del segundo grado de jurisdicción a través de la consulta, por lo cual no encuentra esta Corporación violentado el principio contenido en el artículo 13 superior”; con estas palabras, la Corte descarta la violación del artículo 13 de la Constitución, el cual parecía ser el punto mejor fundamentado de todos los de la demanda, puesto que efectivamente hay un trato discriminatorio, pero según la misma Corte, hay una justificación constitucionalmente razonable para ello, ya que las consecuencias para quien es sancionado son mucho más gravosas que para quien simplemente no logra la pretensión en el incidente de desacato.

ANÁLISIS

Decreto 2591 de 1991, artículo 52, inciso 2 (parcial).

Aparte de los puntos que ya se trataron anteriormente, respecto de los cuales existe cosa juzgada constitucional, en la presente demanda se proponen otras violaciones, las cuales es preciso analizar.

Respecto del Preámbulo, los actores alegan que las normas demandadas impiden la realización del valor supremo de la justicia, al dar más prerrogativas a una parte que a la otra dentro de un proceso judicial. Así mismo, la imposibilidad que pueden tener los ciudadanos favorecidos con una decisión judicial de materializar el resultado de esa decisión, puede llevar a la aplicación de la justicia por mano propia, atentando contra el valor de la paz.

En cuanto al artículo segundo de la Carta, los actores advierten que, al no poderse materializar una decisión judicial, el Estado está dejando de cumplir unos de sus fines esenciales, el cual es proteger los Derechos de los particulares. Esta situación podría ser cierta en casos particulares y aislados, pero no indica que las normas demandadas en sí mismas propicien tal escenario, ya que también podría suceder que por un error judicial una persona que ha cumplido la orden judicial resulte sancionada por desacato; el problema no es de las normas sino del sistema mismo que en ocasiones puede fallar.

Tratándose del artículo 228, los actores aducen que las normas acusadas violan la Constitución, pues en este caso se sacrifican los derechos fundamentales, los cuales son parte del Derecho sustancial, para darles prioridad a formas procesales. Pero hay que tener en cuenta que las formas procesales son necesarias también para el cumplimiento cabal del Derecho sustancial, y en este caso, si bien hay un trato desigual en cierto punto del proceso, todo el resto del proceso está dispuesto para garantizar el cumplimiento de los Derechos Fundamentales.

Todo parece indicar que por lo menos tratándose del Decreto 2591 de 1991, artículo 52, inciso 2 (parcial), no hay violación a la Carta; sin embargo, los actores proponen, que si bien para ciertos puntos hay cosa juzgada constitucional, existe una nueva situación fáctica que haría plausible la posibilidad de analizar de nuevo esta normativa a la luz de la Constitución. El argumento consiste en que, si bien la Corte indica que al ser la tutela un proceso sumario, por cuya agilidad deba prescindirse de ciertas formas procesales en aras de la mayor celeridad posible, esto no se está cumpliendo en la realidad, pues a quienes se les ha desestimado la pretensión dentro de un incidente de desacato, tras haber sido favorecidos por un fallo de tutela, están utilizando como “recurso”, a falta de existir formalmente uno, la misma acción de tutela, argumentando la violación de sus Derechos Fundamentales, al no poder materializar el fallo favorable obtenido en la citada acción. Y que tales pretensiones están siendo aceptadas por los jueces de tutela y por la misma Corte en sentencias como las T-1113 de 2005, T-188 de 2002 o T-086 de 2003. Sin embargo, hay que advertir que la tesis que realmente aportan estas sentencias es que efectivamente, de manera excepcional procede la acción de tutela contra el auto que desestima el incidente de desacato, pero cuando el juez que lo conoció se extralimitó en sus funciones, al entrar, por ejemplo, a estudiar de nuevo el fondo de la tutela que dio origen al incidente, o al variar sustancialmente la orden que ya ésta había dejado en firme, cambiando el alcance de protección que se había plasmado en la sentencia, en vez de limitarse a verificar el cumplimiento de la misma. De igual modo, la tutela es procedente, según las sentencias citadas, en caso de que vulnere el derecho a la defensa de las partes o imponga una sanción arbitraria. Así pues,

no es de recibo la hipótesis de los actores según la cual, la acción de tutela se estaba convirtiendo en un “recurso” contra el auto que desestima el desacato.

Por otra parte, aunque sobre el punto pese la cosa juzgada constitucional, sí vale la pena analizar uno de los argumentos que da la Corte en la Sentencia C-243 de 1996, para justificar el trato diferencial a las partes dentro del incidente de desacato, el cual es que *“la situación jurídica de quien es sancionado de resultados del incidente de desacato es bien distinta de la de quien promueve este incidente, cuando el auto que lo resuelve no aplica la sanción. En efecto, la norma prevé una sanción que puede consistir en arresto hasta por seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos, salvo que en el decreto ya se haya señalado otra consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Estas sanciones impuestas por el juez de tutela cuando comprueba el desacato, son manifestación del poder disciplinario y coercitivo del juez y pueden consistir, como se ha dicho, en la limitación de la libertad personal del sancionado o en una multa. En cambio, el auto que pone fin al incidente sin aplicar sanciones, no significa para quien propuso el incidente ninguna de estas posibilidades sancionatorias. Esta diferencia de circunstancias justifica la diferencia de tratamiento legal y el celo del legislador en dictaminar como obligatorio el grado jurisdiccional de la consulta solamente para el auto que decide el incidente aplicando la sanción”*.

Pues bien, aunque el incidente de desacato no es el único medio idóneo para procurar el cumplimiento de la sentencia y su trámite no impide al juez tomar otras medidas conducentes al cumplimiento de la misma, éste sí es uno de los métodos más efectivos, por su coercibilidad. Que dentro del mismo, una de las partes tenga mayores prerrogativas procesales que la otra, es abiertamente discriminatorio, puesto que, si bien el sancionado puede ver afectada su libertad personal, el accionante puede ver comprometidos Derechos Fundamentales tan delicados como la vida o la libertad, al igual que el mismo sancionado, si no puede materializar el resultado de la sentencia que lo favorece, de manera que por lo menos en este punto están en igualdad de condiciones y deberían ser tratados en consecuencia.

Ley 472 de 1998, artículo 41, inciso 2 (parcial)

Analizando la expresión “*La sanción será impuesta por la misma autoridad que profirió la orden judicial, mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico, quien decidirá en el término de tres (3) días si debe revocarse o no la sanción. La consulta se hará en efecto devolutivo*”, del artículo 41 de la Ley 472 de 1998, podemos colegir que la “*ratio decidendi*” de la sentencia C-243 de 1996, encaja perfectamente en este postulado, por tratarse de situaciones muy similares. Así pues, aunque sobre este artículo en particular no pese la cosa juzgada constitucional, si inferimos que la Corte puede usar tales razonamientos para llegar a la misma conclusión, es decir, que tal expresión es exequible. Aunque bien se le puede acuñar el mismo análisis sobre la igualdad planteado para la norma anteriormente analizada.

Sin embargo, aunque la demanda estudiada no lo indique, la sentencia que tenemos como referencia sí nos evidencia una posible inconstitucionalidad de este aparte acusado, esto es, en cuanto al efecto devolutivo de la consulta del auto que sanciona el desacato, por violar el artículo 28 de la Carta, toda vez que si se revoca la sanción por parte del superior, el accionado ya ha perdido su libertad personal durante por lo menos unos días, lo cual es imposible de recuperar; al respecto la Corte señaló: “*...que le asiste razón al demandante en la formulación de la anterior tacha de inconstitucionalidad. En efecto, la norma en comento, en cuanto establece que la consulta del auto que decide el incidente imponiendo una sanción por desacato será consultada en el **efecto devolutivo**, adolece de una falta de técnica legislativa, pues el señalarle este efecto al trámite de la consulta, puede llevar a la ineficacia de la segunda instancia, tal como sucedería en el hipotético caso que se plantea en el libelo de la demanda. El efecto devolutivo permite que mientras la consulta se decide, la ejecución de la pena se lleve a efecto sin el pronunciamiento del superior jerárquico, que puede llegar tarde, cuando la privación de la libertad, por ejemplo, esté consumada o parcialmente consumada y que, además, puede ser revocatorio de la decisión sancionatoria del a-quo...*”

Ley 393 de 1997, artículo 29, inciso 2 (parcial).

En cuanto al aparte acusado del artículo 29 de la Ley 393 de 1997, el cual reza: *“La sanción será impuesta por el mismo Juez mediante trámite incidental; de no ser apelada se consultará con el superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres (3) días siguientes si debe revocar o no la sanción. La apelación o la consulta se hará en el efecto suspensivo”*, se puede decir lo mismo que de las normas anteriormente analizadas, pero sólo en cuanto a la consulta, ya que esta norma trae como elemento adicional, la posibilidad que tiene el accionado de apelar respecto del auto que lo sanciona por desacato, ya no sólo brindando una garantía más para éste, sino además, otorgándole un medio de defensa adicional respecto de quien promueve el incidente.

La misma Corte, en Sentencia C-243 de 1996, refiriéndose a la reglamentación de la acción de tutela, expresa que según lo analizado, en el incidente de desacato de tales decisiones judiciales, no procede el recurso de apelación y que por tanto no se rompe el principio de igualdad, en los siguientes términos: *“No obstante, de acuerdo con lo expresado al precisar el sentido y alcance de la norma acusada, esto no es lo que dijo el legislador, quien confirió sólo el grado de jurisdicción llamado consulta para el auto sancionatorio, e intencionalmente omitió consagrar expresamente el recurso de apelación para ninguna de las partes, y como no lo otorga a nadie, no rompe con ello el principio de igualdad”*, lo que nos puede indicar que en ese momento la Corte consideró que la norma acusada, de haber consagrado el recurso de apelación, habría roto el principio de igualdad, pues está claro que el recurso de apelación es una prerrogativa procesal muy superior a la simple consulta, pues se trata de un medio de defensa, no de una simple revisión, ya que la parte recurrente tiene la posibilidad de persuadir al juez de segunda instancia con sus propios argumentos y mostrarle cosas que tal vez no están a simple vista. Así pues, podría pensarse que habiendo muchas más garantías procesales para la protección de los derechos, que se consagre la consulta para quien es sancionado y no para quien promueve el incidente de desacato, no es una diferencia de trato demasiado pronunciada, ya que tan sólo se trata de una revisión, pero establecer un recurso, con las posibilidades, en cuanto al derecho a la defensa, que esto conlleva, es abiertamente desproporcionado y en efecto, rompe el principio de igualdad.

CONCLUSIÓN

Aunque bien hay razones para pensar que la diferencia de trato, desde el punto de vista procesal, entre el accionante y el accionado dentro de un incidente de desacato puede no tener realmente una justificación constitucionalmente válida, sobre este particular pesa la cosa juzgada constitucional y como ésta tiene efectos *erga omnes*, incluso los Magistrados deben estarse a lo resuelto. Sobre el punto referente al recurso de apelación que tiene el sancionado dentro del incidente de desacato en una acción de cumplimiento, punto sobre el cual no hay jurisprudencia que nos ate a lo resuelto, vale la pena que la Corte haga un análisis de razonabilidad sobre este trato discriminatorio.

De manera previa nos atrevemos a concluir que no hay razones suficientes para dar un trato procesal más benevolente a quien posiblemente ha incumplido una orden judicial, solamente porque exista la posibilidad de que se vea comprometida su libertad personal, puesto que de la otra parte puede haber intereses constitucionalmente iguales o superiores que podrían resultar vulnerados con el incumplimiento de la orden judicial y que es menester salvaguardar.

Decreto 2591 de 1991, artículo 52, inciso 2 (parcial)

Debe declararse la exequibilidad de la expresión “*la sanción será impuesta por el mismo juez, mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción*”, del inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, por existir cosa juzgada constitucional al respecto.

Ley 472 de 1998, artículo 41, inciso 2 (parcial)

Debe declararse exequible la expresión “*La sanción será impuesta por la misma autoridad que profirió la orden judicial, mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico, quien decidirá en el término de tres (3) días si debe revocarse o no la sanción*” del artículo 41 de la Ley 472 de 1998, por ser aplicables

las mismas razones de Derecho que para el inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. Y aunque no esté planteado en la demanda, debe declararse la inexecutable de la expresión subrayada del aparte “*La consulta se hará en efecto devolutivo*” de la misma disposición citada, por las razones expresadas en el aparte del análisis.

Ley 393 de 1997, artículo 29, inciso 2 (parcial).

Y por último, debe declararse la executable condicionada de los apartes subrayados del texto: “*La sanción será impuesta por el mismo Juez mediante trámite incidental; de no ser apelada se consultará con el superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres (3) días siguientes si debe revocar o no la sanción. La apelación o la consulta se hará en el efecto suspensivo*”, del artículo 29 de la Ley 393 de 1997, en el entendido de que la apelación procede para ambas partes, es decir, también para quien promovió el incidente de desacato y éste le fue desestimado.

En los anteriores términos dejamos rendido el concepto solicitado.

Respetuosamente,

LUIS JAVIER MORENO ORTIZ
MIGUEL OCAMPO GÓMEZ



**NATIONALITY OF CORPORATIONS
AND THE EXERCISE OF DIPLOMATIC:**
Shareholder's rights under international law

Andrés Sarmiento Lamus

I. INTRODUCTION

Latest acquisitions by Brazilian and Mexican companies of majority shares of some bankrupt United States companies¹, poses important legal aspects of doing business in Latin America, which have been analyzed under International Law. Thus, Latin American countries must consider the institution of diplomatic protection as one of their possibilities to protect their shareholders rights in foreign corporations, furthermore, when Bilateral Investment Treaties (BIT) or any other kind of agreements does not exist² and the state where the corporation is doing business decides to take actions against it, violating corporation or shareholders rights.

Nevertheless, diplomatic protection can only be exercised by the State of nationality of the corporation and, determine it becomes under some circumstances an important question that cannot be solved declaring the corporation has the nationality

¹ See the article “Has the Global Crisis Whetted Latin America M&A Appetites” In: Inter-American Dialogues, Monday September 28 – 2009 (www.thedialogue.org/)

² Most of the treaties – bilateral or multilateral – governing protection of foreign investments contain a specific provision determining the jurisdiction where a case can be brought when a dispute arise. Majority of States prefer to choose Arbitration Tribunals rather than the ICJ, because, Bilateral – or multilateral – Investment Treaties object is the protection of natural or legal persons investments in foreign countries and, the ICJ – in spite of being the UN main judicial organ – can only decide on disputes between States. Additionally, Arbitration Tribunals spend less time than the ICJ in the resolution of a case; while the ICJ might spend several years – minimum seven or eight when both parties does not challenge the jurisdiction – making a decision, an Arbitration Tribunal can spend one or two years.

of the majority of its shareholders. This paper tries to show how International Law, based on ICJ decisions (hereinafter “the Court”) has developed this matter, in an attempt to criticize shareholders protection under International Law. First part provides the historical background of diplomatic protection regarding legal persons, contextualizing my further analysis. Second part focuses on Latin America and the United States shareholders rights, showing their main similarities, as another basis for the analysis in last section. Finally, third part –as a conclusion– will plea for a return to the “genuine connection” theory, inclination for the “shareholder primacy” model, and the settlement of disputes brought before the Court on the grounds of equity.

II. DIPLOMATIC PROTECTION REGARDING LEGAL PERSONS

International law, define as the set of rules and norms which regulate the conduct of States³, essential characteristic is that only States –and in some extent international organizations– have standing to present claims, seeking for reparation of damages committed by wrongful acts of other State. Exercise of diplomatic protection⁴ by states on behalf of its own nationals, as one of the rule exceptions, is quite new in comparison to other international law institutions; therefore, it has not greatly developed. Indeed, the Court has only analyzed only this institution in four cases, regarding to legal persons.

³ Rebecca M.M. Wallace. *International Law*. Sweet & Maxwell, London. 2005. p. 1.

⁴ As defined early by the old Permanent Court International of Justice in the *Mavrommatis Palestine Concessions Case* “It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings no his behalf, a State is in reality asserting its own right – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.” See, PICJ Series A (1924), No. 2, 12

A. Barcelona Traction

In the *Barcelona Traction Case*⁵—hereinafter “*BT*”—, the Court was addressed to determine whether or not Belgium, the State of nationality of the majority of the shareholders of the Barcelona Traction Co., a company incorporated in Canada, has standing to exercise diplomatic protection on behalf of its shareholders.

Initially, the Court determined the law applicable as one of the main problems. Therefore, it recognized the corporate entity as an institution created by states and that, whenever legal issue arise concerning the rights of States with regard to the treatment of companies and shareholders, as to which international rights has not established its own rules, it has to refer to the relevant rules of municipal law⁶. Thus, when damage is sustained by company and shareholders, both does not have right to claim compensation, because in spite of being two different entities, only the rights of one of them are infringed, i.e. company⁷. Thereby, state of nationality of shareholders could exercise diplomatic protection on their behalf when (i) the company ceases to exist in the State of incorporation; (ii) the State of incorporation causes an injury over the company⁸, and; (iii) shareholders direct rights are violated. As neither of the requirements established by the Court took place in the case, only Canada can exercise diplomatic protection. As a result, the Court rejected, the requirement for the existence of a “genuine connection” between the person – natural or legal – and the State seeking to protect him, previously established in the *Nottebohm Case*⁹.

⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* ICJ Reports 1970

⁶ *Ibid* 34, 32.

⁷ Not a mere interest affected, but solely a right infringed involves responsibility, so that an act directed and infringing only the company’s right does not involves responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected. ICJ Reports 1970, 46, 36.

⁸ *Ibid* 37, 33.

⁹ *Nottebohm Case (second phase)* ICJ Reports 1955.

Nonetheless, the Court gave a – remote – possibility, regarding to possible considerations on equity¹⁰ as an exception to the rules mentioned above for the exercise of diplomatic protection on behalf of the shareholders. As a later analysis stated, “*one is more than ever disappointed by the Court’s lack of appreciation of the very specific facts of the case, the narrow reasoning and the almost complete adherence to conceptualism as opposed to equity.*”¹¹

The second important issue analyzed, concerned on how to determine the nationality of a corporation¹², issue where the concepts of “incorporation” and “seat of management” play an important role among others¹³. Incorporation refers to the process to create a corporation according to the laws of certain state, which will accept the corporation as a person itself; while seat of management is the place where the executive decisions of corporation business are taken. Anglo – American rule traditionally have attributed corporations the nationality of the State where it has been incorporated, whereas in countries under the continental system, the nationality depends on where the corporation has its seat of management – *siège social* –¹⁴.

¹⁰ Equity for the Court constitutes the right to equal treatment nationals from one State have, when nationals from others States receive a different and better treatment. Therefore, if Belgian shareholders were receiving a discriminatory treatment in comparison with other foreign shareholders in companies doing business in Spain but not incorporated there, Belgium could have standing to exercise diplomatic protection on behalf of it national shareholders.

¹¹ F.A. Mann. *Foreign Investment in the International Court of Justice: The ELSI Case*. 86 Am. J. Int’l. L (1992) 92.

¹² The Court clarified that the answer to the question of how to determine the nationality only refers to a Limited Liability Company, basically, because Barcelona Traction possess this legal persons characteristic. Confront, ICJ Reports 1970, 34, 32.

¹³ The Court only mentioned these two criteria; however, three are the main ones for determining the nationality of legal persons: (i) place of incorporation, (ii) *siège social* – seat of management – and, (iii) control or substantial interest. The last one confers the nationality of a corporation to the state of the shareholders how own a majority or a substantial portion of its shares. See: Ricardo Letelier Astorga. *The Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of its Jurisprudence*. Max Planck Yearbook of United Nations Law. Volume 11 (2007) pg. 429.

¹⁴ Cynthia Day Wallace. *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an area of Economic Globalization*. Martinus Nijhoff, New York. 2002. p 131.

The Court chose the theory of incorporation as the most pertinent, adding as a second element a registered office in the state of incorporation, basically because these two criteria have been confirmed by long practice and numerous international instruments¹⁵. Nevertheless, any reference to the basis of its decision was made¹⁶.

After this decision, only in three more opportunities analysis in the protection of the shareholders rights were made. With the exception of the *Elettronica Sicula*¹⁷ case, some remarks are important.

B. ILC Draft Article on Diplomatic Protection

In year 2006, the International Law Commission (hereinafter “ILC”) in its 58th session, submitted to the UN General Assembly a *Draft Article on Diplomatic Protection*, which contain the most relevant rules for the exercise of diplomatic protection on behalf of natural and legal persons. Articles 9 to 13, governs the issues regarding legal persons¹⁸. No substantial changes were made by ILC here; nonetheless three comments are important.

First, the two criteria established by the Court in the *BT* in order to determine the nationality of a corporation were not taken into account. On the contrary, the State of incorporation was established as the only criterion and, the seat of management as subsidiary only when two events occur¹⁹.

¹⁵ ICJ Reports 1970, 40, 34.

¹⁶ i.e. examples where it can be established that incorporation and registered office, as long practice and some international instruments, that can confirm the use of this criteria.

¹⁷ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Judgment, ICJ Reports 1989. Here the Court did not apply the subsidiary criteria established previously for the exercise of diplomatic protection on behalf of shareholders, more exactly, because between the parties –U.S. and Italy– a BIT was signed, including in the provisions the shareholders rights protection abroad.

¹⁸ Nationality of a corporation – article 9 –, continuous nationality of a corporation – article 10 –, protection of shareholders – article 11 –, direct injury to shareholders – article 12 –, and other legal persons – article 13 –

¹⁹ Article 9. *State of Nationality of a Corporation*. For the Purposes of diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by

Second, the three exceptions for the exercise of diplomatic protection on behalf of the shareholders established in the *BT* were preserved, making some differences between them. For ILC, the exercise of diplomatic protection when (i) company ceases to exist in the State of incorporation or (ii) the State of incorporation causes an injury over the company – article 11 –, still as exceptions for the exercise of the diplomatic protection. Nevertheless, for the second exception ILC added as requisite, incorporation in the State of nationality as precondition for doing business there.

Third, the application of rules governing the exercise of diplomatic protection for legal persons will apply, pursuant to article 13, to other than corporations. The reason behind this article could be found – again – in the *BT*, where the Court said it was concerned only with the question of the diplomatic protection of shareholders in a Limited Liability Company –as happened in the later cases–. Thus, the ILC accepted the rules governing legal persons are abstract and fit exactly to a LLC, while its application to other kind of entities may be different depending, among others, on the facts and claims presented by the parties in each case.

C. Ahmadou Sadio Diallo

The last opportunity in which the Court made a reference, was in the *Diallo Case*²⁰, brought before this judicial organ in 1998 and decided – preliminary objections – by the Court in year 2007, ratifying the *BT* holding in its .

Application of domestic laws to determine both company and shareholders rights and therefore, who can exercise of diplomatic protection suppose an application of the legislation of the State of incorporation. In addition, as Guinea filed the application arguing

nationals of other State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality. (underline out of the text)

²⁰ Ahmadou Sadio Diallo (Preliminary Objections), ICJ Reports 2007.

the violation of Mr. Daillo's rights as *associé*²¹ and shareholder, the Court remembered and preserved the requirements established in the *BT*, later ratified by the ILC draft article.

On the other hand, two changes were made by the Court. First, did not accept considerations of equity²² for the protection of the shareholders rights – without taking into account the exceptions established by the ILC draft article –, even when Guinea proved their existence. Second, the Court restricted article 11(b) of the ILC draft article – incorporation as a precondition for doing business in the State –, establishing that “*such application required the demonstration that the article 11(b) exception had become customary international law.*”²³

III. SHAREHOLDERS RIGHTS

Exhaustive studies examining the variety of rights shareholders possesses in some legal systems, has been made by dozen of authors; nevertheless, the purpose in this section goes in a different direction, in an effort to make a brief mention of the shareholders rights in Latin American countries and the United States and the existent similarities in this field.

Following the legal tradition Latin American countries share – i.e. civil law tradition –, shareholders rights are determined by the laws – in it positive meaning – enacted by the legislature²⁴. Making a synopsis of the different laws regulating the subject under analysis and, disregarding the particularities provisions contains – e.g.

²¹ In the decision available at the website of the ICJ (www.icj-cij.org), despite find the english version of the decision, this is the language used by the Court there.

²² ICJ Reports, 2007, 27, 77.

²³ Alberto Álvarez Jimenez. *Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo case*. 33 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. (2007 – 2008) 437.

²⁴ Shareholders rights are governed in Mexico by the General Law of Commercial Companies, Chile by the Law of Corporations, Brazil by the Brazilian Law of Corporations, Venezuela by the Capital Markets Law, Argentina by the Law of Commercial Corporations (which modified the Title Third of the Commercial Code), Colombia by the Commercial Code.

required quorum, percentage of shares required to name one director, votes required in the shareholders meetings to make decisions –, is possible to conclude that some of the rights shareholders possess are generally accepted by all the Latin America countries. Thus, the rights to demand a general meeting, withdrawal, to name a director, inspection of books, dividends, compensation after the company liquidation, and modification of bylaws, among others are common rights of the shareholders in Latin America. Moreover, similarities can be found not only in the recognition of the shareholders rights, also in the prohibition to modify or avoid some of the shareholders rights determined by the legislature²⁵.

On the other hand, an analysis of the shareholders rights in the United States seems not to be really easy, basically, because every state has the power to legislate in all the issues concerning corporations and other kind of legal entities²⁶; thereby, is possible to think about a disparity in the rights shareholders possess. Nevertheless, there have been some attempts towards a convergence in this field by the American Bar Association and its Model Business Act²⁷, which thirty one states have adopted. According to this, one can say in the United States, the main shareholders rights are the dissolution of the company power, withdrawal, appraisal rights, amendment of bylaws, removal of directors, distribution, inspection of books and records.

It seems – as a conclusion –, Latin America and the United States grant shareholders –in spite of some differences– have the same rights²⁸,

²⁵ In Mexico, among others, shareholders cannot be deprived of their dividends, preemptive rights and special agreements between them; in Brazil is possible to find the right to participate in the corporation profits or assets, supervise the management of the company, subscription rights, to seek and appraisal; Venezuela provides the right to call for a shareholders' meeting, withdrawal, name directors, preemptive rights, dividends.

²⁶ Majority of states in their legislations try to do a basic guideline allowing corporations' bylaws regulate all this matters.

²⁷ Model Business Corporation Act, 3rd Edition.

²⁸ Inclusively, this idea can be understand as a confirmation of what the ICJ stated in Barcelona Traction, "It is well known that there are rights which municipal law confers upon the latter distinct from those of the company, including the right to any declared dividend, the right to attend and vote at general meetings, the right to share in the residual assets of the company on liquidation." (ICJ Reports 1970, 36, 47)

which shows there is no disparity in the treatment they receive by States in the region.

IV: CONCLUSION: SEEKING MORE PROTECTION FOR THE SHAREHOLDERS RIGHTS UNDER INTERNATIONAL LAW

A. Shareholders rights, customary law and obligations erga omnes

Aware that cases brought before the ICJ in the field of foreign investment constitutes an exception, a change in the way the most important tribunal inside the UN understand the shareholders treatment can be supported. The constitution of some shareholders rights as customary law in close connection with Human Rights Law, a return to the “genuine connection” theory and the shareholders primacy in the company, are some of the reason for this change and support the critique to how The Court protect shareholders rights, as well as the implication it has in Latin America – among others developing countries – when BIT does not exist and their shareholders rights abroad are violated.

Article 38 of the Statute of the Court²⁹, serves as the classic starting point to the study of International Law sources, which international custom is one of them. From the definition, (i) evidence of general practice (ii) accepted as law, are the two conditions for its validity. The first condition looks towards proving States practice; as the ILC noted³⁰ and later the Court did³¹, the evidence can be proven by treaties, decisions of international courts, decisions of national courts, national legislation and the practice of international organizations. The second condition, known as *opinion iuris* too, requires States recognition of the practice as obligatory; this constitutes the essential

The ICJ reference to these rights shows how the Court acknowledge the existence of this rights – among others – as generally accepted by the States.

²⁹ Article 38. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: ... (b) International custom, as evidence of a general practice accepted as law.

³⁰ International Law Commission. Yearbook 1950 (II). p. 368.

³¹ Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996.

problem, the burden of proof for the State alleging the existence of customary law³².

On that order of ideas, some shareholders rights exist under International Law as customary rules that all the States must follow and, therefore, all the international tribunals –including the Court– must consider them as a source of law to apply when a dispute arise. The dozens of BITs and similarities between the United States and Latin America –section two of the paper– constitutes the necessary burden of prove as evidence of a general practice in the acceptance of the shareholders rights as customary law³³. Thus, rights such as name a director, dividends, withdrawal, inspection of books, preemptive rights and compensation after the company liquidation, are customary international law³⁴ not only in the United States and Latin America. Even, these rights create –according to the Court *dictum* in the *BT*– obligations *erga omnes*³⁵, which bound all the States.

³² In the Asylum Case (Colombia v. Perú) ICJ Reports 1950, the Court did not accepted asylum as customary law, basically, because Colombian government lack to prove Peruvian constant and uniform use of asylum as law.

³³ “In many cases the Court is willing to assume the existence of an opinion iuris on the basis of evidence of a general practice, or a consensus in the literature, or the previous determinations of the Court or other international tribunals. However, in a significant minority of the cases the Court has adopted a more rigorous approach and has called for more positive evidence of the recognition of the validity of the rules in question in the practice of states.” See: Ian Brownlie. *Principles of Public International Law*. Fourth Edition. Oxford University Press, New York. 1990. p. 7.

³⁴ The highest publicists – as another source of law – have consented that the general practice does not refers to a specific number of States, everything depends if the customary law is international or regional.

³⁵ See, ICJ Reports 1970, 32, 33. The Court noted: “*When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extent to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another state in the field of diplomatic protection. By their nature the former are concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection: they are obligations erga omnes.*” (underline out of the original text)

In addition, is not only the existence of shareholders rights as obligations *erga omnes*, what make them essential. Their relation with the Human Rights³⁶ field, shows how their character of economic rights does not limit the possibility people have to file a claim when their rights are in connection with rights such as life, compensation³⁷, property or equal protection. Yet, the real connection between shareholders rights and the Human Rights, depend on the particular facts of the case and the attorney arguments to demonstrate the violation.

B. Genuine connection (Nottebohm case)

Lacunae international law have in the protection of the shareholders rights when they are violated, derive –as it was mentioned in first section– from the decision made by the Court in the *BT*, on not apply the existence of a genuine connection³⁸ – call by others “genuine link” –, as did it twenty years before in the *Nottebohm* case.

In the case, the Court dealt with the question of, whether or not Liechtenstein can exercise diplomatic protection on behalf of Mr. Nottebohm, who held citizenship in Germany as well, in order to protect his rights because of the actions taken by Guatemala. The problem trying to answer the question consisted in that Mr. Nottebohm obtained his Liechtenstein nationality after many years living in Guatemala and, his only connection with this State was the residence of his brother and some taxes he paid to the Liechtenstein government.

Guatemala argued Liechtenstein was not entitled to extend its protection to Nottebohm against Guatemala, because “*nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interest and sentiments, together*

³⁶ In the actual world, Human Rights play a very important role in contemporary legal consciousness, to a certain extent, as the identity around the world. See: Duncan Kennedy. *Three Globalizations of Law and Legal Thought 1850 - 2000*. Cambridge University Press. 2006. p 63.

³⁷ See Article 10 of the American Declaration of Human Rights

³⁸ ICJ Reports 1970, 70, 42.

*with the existence of reciprocal rights and duties*³⁹. Thus, the Court established Nottebohm connection with Germany, by some business and the family he had there, establishing Germany as the State entitled to exercise diplomatic protection on his behalf. Majority of the doctrine construed this requirement of a genuine link between injured person – either natural or legal –, as the only precondition for the exercise of diplomatic protection.

During the proceedings in the *BT*, the Court did not give any reason to not apply the genuine connection theory in the case and allow Belgium to exercise diplomatic protection on behalf of its shareholders. Nevertheless, is curious the Court justifies Canada standing to exercise diplomatic protection because *a close and permanent connection has been established*⁴⁰, as it had its registered office and board meetings there for several years. For the Court, when shareholders invest in a corporation doing business abroad they undertake risks, including the risk that the corporation may in the exercise of its discretion decline to exercise diplomatic protection on their behalf⁴¹.

Bearing in mind that shareholder's rights – as it has been stated in this paper –, are customary international law and obligations *erga omnes*, the risk mentioned above cannot be accept because all the States have the duty to protect the basic shareholders rights and are not able to, discretionally, violate those rights.

Thus, application of the genuine connection theory can be useful for the Latin American countries when their nationals possess majority of the shares in foreign companies, because such companies will be genuine connected with the Latin American countries by virtue of its nationals holding most of the shares⁴². In addition, the possibility to bring the

³⁹ ICJ Reports 1955, 23.

⁴⁰ ICJ Reports 1970, 71, 42.

⁴¹ Chittharanjan F. Amerasinghe. *Diplomatic Protection*. Oxford University Press, New York. 2008. p. 125.

⁴² This idea can also be found in some of the studies on the Barcelona Traction case, and the critics after the Court decision. See: Lawrence Jahoon Lee. Barcelona Traction in the 21st Century: Revisiting its customary and policy underpinnings 35 years later. 42 *Stan. J. Int'l L.* (2006) 327. Also: Amerasinghe.

claim against the state, where the company is incorporated –i.e. possess its nationality and does not want to exercise diplomatic protection– can arise, because with that solely act, the State of nationality of the corporation is not carrying out an obligation *erga omens*.

C. Shareholders as owners and grounds of equity

As basis for the require change in the protection shareholders receive today – when there are no BITs or special provisions in the international field –, is necessary to look towards the new corporate law theories, more exactly, those which view shareholders as the owners of the corporation⁴³. Conscious that this theory is not running around the world, basically, because shareholders do not possess significant rights in the corporation; the acceptance of some of their rights as customary law is the required impulse this theory needs. Conscious too, shareholders generally do not act like owners of the corporation, it is generally accepted, that without them these kind of entities – i.e. legal persons – might not have sense; when only the shareholders have the duty – and right – to vote or hire directors and make the decisions of the corporation. Institute shareholders possess an prominent connection with the corporation and their rights are not subsidiary of the company rights, allows the Court to make it decision applying equity, a general principle of law recognized by civilized nations⁴⁴. Even when Article 38 of the Statute of the Court does not refers to the general principles of law in first place, it has been settled that The Court is free to apply the different rules Article 38⁴⁵ provides in order to bring about an appropriate settlement⁴⁶, because what is important here is to make an equitable decision that does not affect neither company rights nor shareholders rights.

⁴³ David J. Berger. *One Practitioner's Random Thoughts on Shareholder's Rights in the Modern Corporation*. In: *The Accountable Corporation*. Westport, Connecticut. 2006. p. 125.

⁴⁴ See Article 38(c), Statute of the International Court of Justice.

⁴⁵ Following Article 38 of the Statute of the Court, Treaties and Customary Law precede the General Principles of Law, nevertheless this enumeration does not required the application of the Treaties and Customary Law before General Principles of Law could be applied.

⁴⁶ *Continental Shelf (Tunisia v. Lybian Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports 1982, 71, 60.



SUJETOS PROCESALES EN EL PROCESO DISCIPLINARIO DE LOS ABOGADOS

Luis Javier Moreno Ortiz

Honorable
Corte Constitucional
Magistrado Ponente
Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
E. S. D.

Ref.: Expediente D-7959. Ley 1123 de 2007, artículo 66, párrafo.

El suscrito, comisionado por el Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, en cumplimiento de lo dispuesto por ese despacho en auto del 10 de diciembre de 2009, comunicado por oficio del 13 de los corrientes, 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; revisión de decisiones relevantes previas; análisis de otra jurisprudencia relevante; y conclusión.

LA DEMANDA Y SUS RAZONES

El ciudadano Jorge Luis Pabón Apicella Martínez demanda la inconstitucionalidad del párrafo del artículo 66 de la Ley 1123 de 2007, que establece el Código Disciplinario de los Abogados. El ataque se centra en la limitación que el párrafo establece a las facultades procesales del quejoso, el cual, al no ser un sujeto procesal, sólo puede concurrir al proceso para formular bajo la gravedad

de juramento su queja, ampliarla, aportar pruebas e impugnar las decisiones, distintas de la sentencia, que pongan fin al proceso.

El actor señala como violados los artículos 1, 2, 13, 29 y 229 de la Constitución Política. Se argumenta que un caso parecido, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de algunos artículos del Código Disciplinario Único, la Corte Constitucional distinguió entre el simple interés del quejoso, que es el de propender por la defensa del ordenamiento jurídico, y el interés que tiene la víctima cuando la conducta del servidor público ha vulnerado tratados internacionales sobre derechos humanos o sobre derecho internacional humanitario. Tal distinción le sirvió de base a la Corte para considerar, en la Sentencia C-014 de 2004, que en el segundo caso, las personas, en razón de su especial interés, están habilitadas para intervenir en el proceso disciplinario como verdaderos sujetos procesales. El actor no advierte motivo o razón alguna para que dicha distinción y su correspondiente consecuencia jurídica dejen de aplicarse al juzgar la constitucionalidad de la norma demandada.

EL PROBLEMA JURÍDICO

Si la norma demandada establece restricciones a las facultades de los quejosos en el proceso disciplinario de los abogados, a los que no considera sujetos procesales, el problema jurídico a resolver sería: ¿En casos de faltas disciplinarias de los abogados que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, las víctimas o los perjudicados están legitimados para intervenir en el proceso disciplinario? De estarlo, ¿con qué calidad pueden hacerlo? Otra forma de plantear el problema, al considerar lo decidido en la Sentencia C-014 de 2004, sería: ¿La *ratio decidendi*, valga decir, el principio jurídico que sirve para considerar que algunas personas, por su especial interés, son sujetos procesales en un proceso disciplinario, debe ser reconocido también cuando se trata de procesos disciplinarios de abogados? La hipótesis del actor es, en términos del primer problema planteado, la de que las víctimas sí están legitimadas para intervenir como sujetos procesales y, en términos del segundo planteamiento, que

dicha *ratio decidendi* debe servir de fundamento para decidir este caso. Para resolver el problema es menester considerar un método de verificación o de falsación de la hipótesis, consistente en analizar la Sentencia C-014 de 2004 y sus implicaciones.

DECISIONES RELEVANTES PREVIAS

Es menester advertir que la Corte Constitucional se ha ocupado en varias ocasiones de estudiar la constitucionalidad de la Ley 1123 de 2007, como se da cuenta en las Sentencias: C-884 y C-1004 de 2007, C-290 y C-379 de 2008. En ninguna de ellas se ha pronunciado sobre el parágrafo del artículo 66, por lo que no se advierte la existencia de cosa juzgada constitucional.

ANÁLISIS DE OTRA JURISPRUDENCIA RELEVANTE

La demanda cita con prolijidad la Sentencia C-014 de 2004, en la cual se establece, a modo de *ratio decidendi*, un principio jurídico que parecería ser relevante para decidir este caso, como se ha puesto de presente al plantear el problema jurídico a resolver. Por ello es menester analizar con detenimiento tal providencia, a fin de verificar las circunstancias concretas de esta decisión, para establecer si dicha *ratio* es o no aplicable en este caso. Una mirada preliminar del asunto así lo indicaría, pues el proceso disciplinario que se sigue a los abogados parece ser una especialidad del género del proceso disciplinario.

Sea lo primero cotejar los contenidos normativos demandados en ambos casos, para establecer la semejanza fáctica. Sea lo siguiente comparar los problemas jurídicos a resolver, para verificar la paridad problemática. Sea lo postrero analizar si la *ratio decidendi* del primer caso es aplicable al segundo, para opinar de manera fundada sobre la solución del problema.

La Ley 734 de 2002, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único, regula el tema en su Libro IV: Procedimiento Disciplinario, Título IV: Sujetos Procesales, Artículos 89 y 90, cuyo texto es el siguiente:

ARTÍCULO 89. *SUJETOS PROCESALES EN LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA*. Podrán intervenir en la actuación disciplinaria, como sujetos procesales, el investigado y su defensor, el Ministerio Público, cuando la actuación se adelante en el Consejo Superior o Seccional de la Judicatura o en el Congreso de la República contra los funcionarios a que se refiere el artículo [174](#) de la Constitución Política.

En ejercicio del poder de supervigilancia administrativa y cuando no se ejerza el poder preferente por la Procuraduría General de la Nación, ésta podrá intervenir en calidad de sujeto procesal.

ARTÍCULO 90. *FACULTADES DE LOS SUJETOS PROCESALES*. Los sujetos procesales podrán:

1. Solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en la práctica de las mismas.
2. Interponer los recursos de ley.
3. Presentar las solicitudes que consideren necesarias para garantizar la legalidad de la actuación disciplinaria y el cumplimiento de los fines de la misma, y
4. Obtener copias de la actuación, salvo que por mandato constitucional o legal ésta tenga carácter reservado.

PARÁGRAFO. La intervención del quejoso se limita únicamente a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento, a aportar las pruebas que tenga en su poder y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio. Para estos efectos podrá conocer el expediente en la secretaría del despacho que profirió la decisión.

La Ley 1123 de 2007, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario del Abogado, regula el tema en su Libro III: Procedimiento Disciplinario, Capítulo III: Intervinientes, Artículos 65 y 66, cuyo texto es el siguiente:

ARTÍCULO 65. *INTERVINIENTES*. Podrán intervenir en la actuación disciplinaria el investigado, su defensor y el defensor suplente cuando sea necesario; el Ministerio Público podrá hacerlo en cumplimiento de sus funciones constitucionales.

ARTÍCULO 66. *FACULTADES*. Los intervinientes se encuentran facultados para:

1. Solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en su práctica.
2. Interponer los recursos de ley.

3. Presentar las solicitudes que consideren necesarias para garantizar la legalidad de la actuación disciplinaria y el cumplimiento de sus fines, y
4. Obtener copias de la actuación, salvo que por mandato constitucional o legal estas tengan carácter reservado.

PARÁGRAFO. El quejoso solamente podrá concurrir al proceso disciplinario para la formulación y ampliación de la queja bajo la gravedad del juramento, aporte de pruebas e impugnación de las decisiones que pongan fin a la actuación, distintas a la sentencia. Para este efecto podrá conocerlas en la Secretaría de la Sala respectiva.

Ambas leyes comparten una semejanza estructural en la regulación de la materia en estudio. En el punto concreto de los párrafos de los artículos 90 de la Ley 734 de 2002 y 66 de la Ley 1123 de 2007, es evidente que existen grandes coincidencias. Veámoslo: ambos párrafos restringen o limitan las facultades del quejoso a i) presentar, bajo la gravedad de juramento, su queja, ii) a ampliarla, iii) a aportar pruebas, iv) a recurrir la decisión que ponga fin a la actuación. La única diferencia es que la primera ley permite al quejoso recurrir la sentencia cuando sea absoluta, mientras que la segunda lo impide en todos los casos. En vista de los hechos, valga decir, de ambas consagraciones normativas, se impone la conclusión de que existe semejanza fáctica entre ambos casos, por lo que es necesario pasar a considerar el asunto de los problemas jurídicos a resolver.

La Corte Constitucional plantea varios problemas jurídicos en la Sentencia C-014 de 2004. El problema relevante para este estudio es:

- b. ¿En los casos de faltas disciplinarias que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, las víctimas o los perjudicados están legitimados para intervenir en el proceso disciplinario? De ser así, ¿con qué calidad pueden hacerlo?

Este problema es *grosso modo* el mismo que se plantea en este caso, pues para lograr una identidad plena basta agregar a la oración “faltas disciplinarias” la especificación “del abogado”. Al haber paridad problemática, resta establecer cuál ha sido la decisión tomada en el primer caso, valga decir: cómo se resuelve el problema y, lo que es más

importante, cuál es la *ratio* de dicha decisión, para poder establecer si esa *ratio* puede servir de fundamento para resolver el segundo caso.

La decisión de la Corte en el punto quinto de la Sentencia C-014 de 2004, es declarar la exequibilidad condicionada del artículo 89 de la Ley 734 de 2002, en el entendido de que las víctimas o perjudicados de las faltas disciplinarias que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, también son sujetos procesales y titulares de las facultades a ellos conferidas por la ley.

Considera la Corte que el legislador, en ejercicio del principio de libre configuración de la ley, puede establecer restricciones a las facultades procesales del quejoso en el proceso disciplinario, por cuanto el contenido de injusticia de la falta disciplinaria se agota en la infracción de los deberes funcionales del procesado. Para que esto ocurra no es necesario que se haya causado un daño concreto a una persona o se haya vulnerado sus derechos. Por ello, la regla es que en el proceso disciplinario no hay víctimas.

Pese a la meridiana precisión conceptual que hace la Corte, se advierte, a manera de *ratio decidendi* en la sentencia, que existe una situación excepcional cuando se trata de faltas disciplinarias que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, pues en estos casos la infracción del deber funcional comporta tal grado de lesividad que también puede afectar derechos fundamentales del ser humano. Hay ciertas faltas que no pasan de ser el incumplimiento de un deber funcional, que son las más, pero hay otras que en razón de su gravedad afectan, además, el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario. Este principio ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para limitar la exoneración de responsabilidad que se establece en el inciso segundo del artículo 91 de la Constitución, vide Sentencia C-587 de 1995, o para excluir el juzgamiento de ciertas conductas de la competencia de la justicia penal militar, vide Sentencia C-358 de 1997.

La especial gravedad que comporta una conducta que, a más de ser la infracción de un deber funcional, viola o vulnera el derecho

internacional de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, implica importantes consecuencias jurídicas. La principal es que, por excepción, en tales casos es posible hablar de víctimas o perjudicados en el proceso disciplinario. Si la regla general es que cualquier persona, valga decir, un tercero no afectado por la conducta, puede intervenir en el proceso como quejoso, con mayor razón podrá hacerlo la víctima o el perjudicado por dicha conducta, pero no como un tercero sino como un verdadero sujeto procesal.

La semejanza fáctica entre los contenidos normativos, la paridad de los problemas jurídicos y el vigor y razonabilidad del principio empleado como *ratio decidendi* hacen forzoso concluir que la hipótesis del actor es verdadera. Si bien no es posible aventurar una lista ejemplar completa de faltas disciplinarias de los abogados que puedan constituir vulneraciones al derecho internacional de los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, tampoco puede negarse la posibilidad teórica y, perdónese el pleonismo, impersonal, intemporal y abstracta, de que ello ocurra o pueda ocurrir. Por tanto, se impone la necesidad de hacer en este caso una declaración de constitucionalidad modulada semejante a la que se hizo en la Sentencia C-014 de 2004.

CONCLUSIÓN

Con fundamento en las anteriores razones, mi opinión es que la expresión demandada del parágrafo del artículo 66 de la Ley 1123 de 2007, es exequible en el entendido de que las víctimas o perjudicados de las faltas disciplinarias del abogado que constituyan violaciones al derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario también son sujetos procesales y titulares de las facultades a ellos conferidas por la ley.

En los anteriores términos dejo rendida la opinión solicitada.

Con mis sentimientos de consideración,

LUIS JAVIER MORENO ORTIZ
Profesor

