

Boletín Nº 21

del
Instituto de Estudios
Constitucionales
Escuela de Derecho

DIRECTOR: LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

LATINAMERICAN TENDENCY TOWARDS PRESIDENTIAL
REELECTION HAS TAKEN ITS TOLL ON COLOMBIA

Ernesto Lucena

LA TENDENCIA LATINOAMERICANA HACIA LA
REELECCIÓN PRESIDENCIAL

Miguel Ocampo

LA DEMOCRACIA Y SUS FANTASMAS

Luis Javier Moreno Ortiz

TEORÍA DEL CASO

José María del Castillo Abella

Christian Wolffhügel Gutiérrez

CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Fernando Velásquez Velásquez

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES

Luis Javier Moreno Ortiz



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales

LATINAMERICAN TENDENCY TOWARDS PRESIDENTIAL
REELECTION HAS TAKEN ITS TOLL ON COLOMBIA

© Ernesto Lucena

LA TENDENCIA LATINOAMERICANA HACIA LA
REELECCIÓN PRESIDENCIAL

© Miguel Ocampo

LA DEMOCRACIA Y SUS FANTASMAS

© Luis Javier Moreno Ortiz

TEORÍA DEL CASO

© José María del Castillo Abella

© Christian Wolffhügel Gutiérrez

CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

© Fernando Velásquez Velásquez

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES

© Luis Javier Moreno Ortiz

Primera edición: febrero 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

*Cuando nada merece respeto en la sociedad debemos
labrarnos en la soledad nuevas lealtades silenciosas.*

Nicolás Gómez Dávila.

CONTENIDO

LATINAMERICAN TENDENCY TOWARDS PRESIDENTIAL REELECTION HAS TAKEN ITS TOLL ON COLOMBIA <i>Ernesto Lucena</i>	7
LA TENDENCIA LATINOAMERICANA HACIA LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL <i>Miguel Ocampo</i>	12
DEMOCRACIA Y SUS FANTASMAS <i>Luis Javier Moreno Ortiz</i>	15
TEORÍA DEL CASO <i>José María del Castillo Abella</i> <i>Christian Wolffhügel Gutiérrez</i>	33
CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA <i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	37
ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES <i>Luis Javier Moreno Ortiz</i>	73

LATINAMERICAN TENDENCY TOWARDS PRESIDENTIAL REELECTION HAS TAKEN ITS TOLL ON COLOMBIA

*Ernesto Lucena**

The human desire to hold power is a conduct that has deep roots, especially when leaders reform constitutions to remain in power. Throughout history this behavior has had many manifestations, of which positive and negative examples may be found. Nonetheless development of mankind has shown the inconvenience of concentration of power in just one person, or persons, as is said by “Lord Acton’s dictum”, John Emerich Edward Dahlberg Acton’s quote, “Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely”.

On the other hand, the Baron de Montesquieu, author of “The Spirit of the Laws” (“De l’esprit des Lois”), adamantly defends the division of power and he is recognized for the classic threefold division of power, considering that the confusion of two or more branches of government in one person or institution, would degenerate in abuse of such.

Accumulation of power should not be bad by itself, but rather be dangerous, since it would not assume the abuse of it; it is even possible that a sole person’s leadership, temporarily, helps unlock adverse situations in a country. However, it has been empirically demonstrated that through time, the accumulation of power, once user for altruistic purposes, degenerates in corruption, such as Lord’s Acton dictum states.

* Vice-Dean, Universidad Sergio Arboleda School of Law. Bogotá, Colombia.
ernesto.lucena@usa.edu.co

Democracy is the prevalent political system in the civilized world, since, in theory it avoids accumulation of power in one person or group, since it is supposed to be on everyone's hands, and at the same time, on no one's, resting at last on the institutions. However Aristotle, and other philosophers deemed it as not the best of all, this system is the one with which governments have been better managed. However, modern democracies are significantly more complex than originally conceived, so that power can be accumulated to the point of becoming a democracy only on paper.

Historically in Latin America, the States have sought to avoid the accumulation of power, especially in the executive branch, preventing the reelection of presidents. This is because in highly presidentialized systems of government, he who holds the reins of executive power has so much power that the best way to counteract this, is to limit its tenure. However, in recent decades this trend has been mutated to democratic systems permitting presidential reelection. Phenomenon that coincides with the emergence of highly popular leaders in their respective states and that appear to have brought solutions to all of people's problems, and in which there is a Latin American tradition, "warlordism," but that has reached extravagant dimensions to the point of becoming "messianism," as has been generated around these leaders a belief of timelessness, proper to poor and deinstitutionalized democracies.

Democracy's highest expression, rather than the majority, is pluralism, which is that all schools and lines of thought influence the direction of the State. Progress is not tied to the soundness of institutions and the clarity of the collective political thinking, but to the will of a leader.

Argentina, Peru, Venezuela, Bolivia, Ecuador and Colombia, are some of the Latin-American states which have given the go-ahead for immediate re-election with his own name in recent years. On the other hand Chile and Brazil continue faithfully on their constitutional tradition, since they have recently suffered severely at the hands of authoritarian regimes and dictatorships.

Argentina's experience with Carlos Menem, Peru's with Alberto Fujimori, Venezuela's with Hugo Chavez and Bolivia's with Evo Morales show that the State's institutionality does not come out in good shape from these re-election processes, at least when it is tailor made for a particular leader.

One of the most important aspects of a democratic system is its institutional framework; it is what gives it its strength and cohesion to it. When a democracy can function independently of the political party which is in power, especially of those individuals who hold it, democracy is hardly weakened. Likewise, although there are problems and disagreements in the functioning of government, democracy is the best way to ensure that all people have the opportunity to participate in its management.

A state's institutionalization lies in the strength of its Constitution, since it embodies the basic rules of the game. For this reason is that reforms to a constitution are extremely important events, since they change the rules. Thus, lightly changing the Constitution, ephemerally motivated, and immediate and personal motives, is catastrophic for the state's institutions, especially when done on the fly, and the heat of events.

Colombia, for instance, after the Constitution's total reform, from the one of 1886 to the 1991 Constitution, kept the constitutional tradition to refrain from presidential reelection. Hence, article 197, before amended, stated: "No citizen who has held presidential office, regardless of the reason, may be elected President of the Republic".

However, given Mr. Alvaro Uribe's government high popular acceptance, the re-election desire bells began to ring, and after a hard political battle, the desire from great part of the people, the government coalition achieved to push through Congress a constitutional reform, allowing the president reelection as follows:

"The President of the Republic, or who has taken title to any such office, may be elected to two terms, consecutive or not."

Which allowed President Uribe, due to his popularity; continue in office for some more years.

The problem of a second reelection in Colombia is not the legitimacy, but the inconvenience. It is possible that a person, as a great leader, has the support of the majority of the people to govern, but this cannot become a “letter of marquee” to remain in power, because as we have seen, this situation is inconvenient for democracy and the state’s institutions. In the specific case of Colombia, the possibility of a president to rule 12 years consecutive sharply breaks the division of powers established in the Constitution, because this agent would earn a great power that would enable a decisive influence in the institutions that should be their checks and balances. This is much worse when we see that such change in the rules of the game is to be realized easily, both legal and politically, aiming for a customized purpose.

For these reasons the possibility of a second presidential reelection in Colombia is inconvenient for the case of the current President and for any future one, because on one hand it breaks the system of checks and balances of public power and on the other because it deinstitutionalizes the State.

It is clear that what a considerable portion of the people wants is to continue under the government of President Uribe Vélez, by virtue of his great achievements regarding safety. Wanting to tinker the Constitution as intended to do so, would be similar to, by vote, decide to apply the death penalty to any particular individual, although the Constitution forbids it. Changing it only with the intention of killing this person, despite not wanting to institutionalize this practice in thereafter. We would face the disappearance of the Constitutional State and the rule of law.

To uphold in addition, that one person or individual is the only one that has the ability to lead the country, cripples the political parties and democracy itself, because they may forget their power vocation and their ability to object. It would be to live in a single-member system as parasites.

LA TENDENCIA LATINOAMERICANA HACIA LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL

Miguel Ocampo

El deseo humano por detentar el poder es un comportamiento que tiene raíces muy profundas y complejas en la esencia del ser. A través de la historia han sido muchas las manifestaciones de este fenómeno, de las que podrán rescatarse experiencias positivas y negativas. Sin embargo, el desarrollo de la humanidad ha mostrado la inconveniencia de la acumulación de poder en una sola persona o un grupo de ellas, pues como bien lo dice el “dictum de Acton”, frase célebre del historiador británico John Emerich Edward Dalkberg Acton, “el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente” (Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely).

A uno de los grandes pensadores de la Revolución Francesa, el Barón de Montesquieu, creador de “El espíritu de las leyes”, que analizó este fenómeno y quien defiende profundamente la división del poder, se le ha reconocido la clásica división tripartita del mismo, por considerar que la confusión de dos o más de los poderes del Estado en una sola persona o institución, degeneraría en abuso de los mismos.

La acumulación de poder no debería ser en sí misma perjudicial, porque no necesariamente supondría el abuso; es posible, incluso, que el liderazgo de una sola persona, de manera temporal, ayude a destrabar situaciones adversas en un Estado. Sin embargo, empíricamente se ha demostrado como con el transcurrir del tiempo, la acumulación de poder que se utilizó para fines altruistas y beneficios, degenera en corrupción.

En las civilizaciones actuales, el sistema político predominante es el democrático, ya que éste, en teoría, evita la acumulación de poder en una persona o un grupo de ellas, puesto que se supone que el poder está en manos de todos al mismo tiempo, bajo la premisa de la soberanía popular, recayendo éste principio sobre las instituciones. Pese a no ser considerado el mejor sistema por Aristóteles, entre otros, es con el que mejor se ha dado el manejo de los Estados. Sin embargo, las democracias modernas son bastante más complejas que las inicialmente concebidas, de manera que en éstas se puede dar acumulación de poder, hasta el punto de llegar a ser una democracia sólo en el papel.

Históricamente en América Latina, los Estados han tratado de evitar la acumulación de poder, sobre todo en el Ejecutivo, prohibiendo la reelección de sus Presidentes. Esto, debido a que por sus sistemas de gobierno altamente presidencialistas, quienes llevan las riendas del ejecutivo detentan mucho poder dentro del Estado y la mejor manera de hacerle contrapeso a ello es limitarlos en el tiempo. Sin embargo, en las últimas décadas esta tendencia ha ido mutando hacia sistemas democráticos permisivos con la reelección presidencial. Fenómeno que coincide con la aparición de líderes altamente populares en sus respectivos Estados y que al parecer han traído las soluciones a todos los problemas del pueblo; y en el cual se evidencia una tradición latinoamericana, “el caudillismo”, pero que ha alcanzado dimensiones extravagantes al punto de convertirse en “mesianismo”, pues se ha generado en torno a estos líderes una creencia de imprescindibilidad, propia de democracias pobres y desinstitucionalizadas.

La expresión máxima de la democracia, más que las mayorías, es el pluralismo, que consiste en que todas las corrientes de pensamiento tengan influencia en la dirección del Estado; situación que se rompe con el caudillismo, ya que el progreso no está atado a la solidez de las instituciones y la claridad de los pensamientos políticos colectivos, sino a la buena voluntad de un líder.

Argentina, Perú, Venezuela, Bolivia, Ecuador y Colombia, son algunos de los Estados Latinoamericanos que han dado vía libre a la reelección inmediata con nombre propio en los últimos años,

mientras que países como Chile y Brasil continúan fieles a su tradición constitucional, toda vez que han sufrido las inclemencias de regímenes autoritarios y dictatoriales.

La experiencia de Argentina con Carlos Menem, Perú con Alberto Fujimori, Venezuela con Hugo Chávez y Bolivia con Evo Morales muestra que la institucionalidad del Estado no sale bien librada de estos procesos reeleccionistas, menos cuando se realizan a la medida de un líder en particular.

Por esta razón uno de los aspectos más importantes de un sistema democrático es la institucionalidad, pues es ella la que le da fuerza y cohesión al mismo. Cuando la democracia de un Estado puede funcionar con independencia del partido político que esté en el poder, y en especial de las personas que lo detenten, su democracia difícilmente flaqueará. La institucionalidad de un Estado radica en la solidez de su Constitución, pues en ella se plasman las reglas básicas del juego. Por esta razón, las reformas constitucionales son actos democráticos de muchísima trascendencia, ya que cambian tales reglas. Así pues, cambiar la Constitución a la ligera, con motivaciones efímeras, inmediateístas y propósitos personalistas, es catastrófico para el Estado, máxime cuando se realizan sobre la marcha y al calor de los acontecimientos.

El problema de una segunda reelección en Colombia no radica en la legitimidad, sino en la inconveniencia. Es posible que una persona, como gran líder, tenga el favor de la mayoría del pueblo para gobernar, pero esto no se puede convertir en una “patente de corso” para perpetuarse en el poder, pues como se ha visto, tal situación es inconveniente para la democracia y la institucionalidad del Estado. En el caso puntual colombiano, la posibilidad de que un presidente gobierne 12 años consecutivos rompe claramente con la división de poderes establecida en la Carta Política, pues tal mandatario llegaría a acumular un gran poder que le permitiría influir de manera determinante en las instituciones que deberían ser sus contrapesos. Y esto es mucho peor cuando advertimos que semejante cambio en las reglas del juego se quiere realizar con ligereza, tanto jurídica como política, con el propósito de darle una aplicación personalizada.

Por estas razones, la posibilidad de que exista una segunda reelección presidencial en Colombia es inconveniente, tanto para el caso de nuestro Presidente como para el futuro del país, porque por un lado rompe el sistema de contrapesos del poder público y por el otro desinstitucionaliza los principios fundantes del Estado.

Pregonar, además, que una persona es la única que posee la capacidad de liderar el país, debilita profundamente a los partidos políticos y con ellos a la propia democracia, porque aquéllos olvidan su vocación de poder así como su capacidad de oposición, para vivir de manera parasitaria de un régimen unipersonal.

LA DEMOCRACIA Y SUS FANTASMAS

Luis Javier Moreno Ortiz

SUMARIO: § 1. Liminar. § 2. La “dictadura de las mayorías”. § 3. El riesgo de errar. § 4. Representación y participación. § 5. El viacrucis del referendo. § 6. Por el pueblo, para el pueblo, pero sin el pueblo. § 7. La reelección y sus fetiches. § 8. Epílogo.

§ 1. LIMINAR

La democracia ha sido calificada por muchos teóricos como el sistema político menos imperfecto que se conoce. Con ello se advierte que se trata de un sistema defectuoso, que, no obstante, es preferible a otros tantos sistemas que son peores. Siendo la democracia una especie de mal menor, es dable conjeturar que no todo lo que de ella proviene será bueno.

Ante el imperativo vital de optar, de decidir, es forzoso considerar una manera, procedimiento o método aplicable, que en la medida de lo posible sea pacífico, civilizado e incluso justo, para lograr arribar a ejercer esa opción o a adoptar esa decisión. Nada es tan peligroso en la vida individual o colectiva como la indecisión, pues muchas veces ella conduce a la precipitud de la anarquía, ya que en todo caso las decisiones se toman, ya sea porque las tomamos nosotros, o ya porque otros las toman en nuestro lugar, y esto a veces suele ocurrir por la imposición de la razón de la sinrazón, por la violencia descarnada de la fuerza bruta y brutal.

La democracia, en cambio, brinda siempre una posibilidad al diálogo, a la libre expresión del pensamiento y del parecer de todos, sin importar lo acertado, excéntrico o deslucido que pudiese ser, a partir

de lo cual, y merced al debate argumentativo, se conforma lo que el filósofo Habermas ha denominado “uso público de la razón”. En la democracia la fuerza no es simplemente un hecho físico, la burda y bárbara expresión de dominio, sino que se convierte también en un fenómeno moral, en el cual lo más importante son los argumentos. En la democracia se supone que el tumulto agresivo e irracional es reemplazado por la deliberación respetuosa y razonable; que los reclamos hechos a pulmón tendido y apasionadamente ceden su lugar al debate político civilizado; que la acción violenta canaliza su energía a la palabra razonable y razonada, e incluso a la ironía.

Dentro de la democracia podemos participar en la toma de las decisiones, sea directamente o por medio de nuestros representantes. Dado que es muy difícil lograr que todos estemos de acuerdo en todo, en no pocos casos es preciso inclinar la balanza de la decisión en un sentido determinado, así éste no sea el mejor. La mayoría es el criterio que inclina la balanza en una democracia.

§ 2. LA “DICTADURA DE LAS MAYORÍAS”

En el sistema democrático todos tenemos voz y voto. Cada uno puede expresar lo que considera es conveniente hacer, argumentando en pro o en contra de una decisión, e intentar comunicar su mensaje al ejercer la libertad de imprenta, de prensa y de los medios de comunicación, a los demás, con el propósito de persuadirlos de las bondades de lo que se dice. He ahí el discurso político. Lo decidido será aquello que logre mayor adhesión de parte del auditorio de quienes escuchan las propuestas, valga decir: por la mayoría. En este complejo proceso, las decisiones no siempre son acogidas por convicción, sino que muchas veces el factor determinante es la conveniencia personal o gremial, la pasión fervorosa hacia las personas, que suele ser desbordada tanto cuando ama como cuando odia, o el mero sentimiento que conmueve, entre otras muchas alternativas.

La convivencia social generalmente está regulada por lo que la mayoría ha decidido en su oportunidad. Empero, en muchas ocasiones esa mayoría, a la que algunos no dudan en calificar de dictadora, es desdibujada, hasta desvirtuarse, por la mediación que

ejercen sus representantes. Así, pues, ocurre la aberrante paradoja de que quienes representan a la mayoría y dicen obrar en su nombre y para su beneficio, deciden lo contrario a lo que esa mayoría piensa o quiere, con lo que se logra el denostado efecto de que la “dictadura” de la mayoría es dada por una astuta minoría en nombre de ella, pero en beneficio de ésta. No es extraño en nuestra realidad política el fenómeno de la reducción fenomenológica de la representación, que en la época de las elecciones se amplía para que el intermediario sea representante de sus múltiples electores, pero que más tarde, en la época de adoptar las decisiones, se reduce para que el representante anteponga a sus representados sus propios intereses, para acabar, al fin y al cabo, representándose exclusivamente a sí mismo, con sus intereses particulares.

El bien común no es un asunto meramente matemático, como lo suponen algunos utilitaristas. El bien común no equivale al mayor bien para el mayor número. Pero tampoco es lo contrario, valga decir: el menor bien para el mayor número y el mayor bien para el menor número, como parecen entenderlo muchos de los que se dedican a ser intermediarios en las democracias. Es más, si se trata de escoger, el segundo de los enunciados es mucho peor que el primero, porque en él, como es fácil de advertir, prevalece el interés particular sobre el interés público. Lo ideal sería que el bien común fuera verdaderamente común y nos abarcara a todos, pero si ello no es posible, es preferible el bien del mayor número, sin que implique la desgracia o la extinción para el resto, y ésta parece ser la profunda intuición que subyace en la democracia, pues se supone que si cada uno elige lo mejor para sí, movido por un egoísmo ilustrado o no ilustrado, como el que se transa por dinero, licor, fiesta o comida, al coincidir en lo mismo con la mayoría, la decisión será tomada por esa sumatoria de decisiones.

§ 3. EL RIESGO DE ERRAR

En la historia de occidente, tratando de no aguzar la mirada en nuestras proximidades y exponer en público las propias vergüenzas, evitando la impudicia, existen algunos ejemplos de decisiones democráticas, adoptadas por mayorías libres, e incluso ilustradas, que han sido

profundamente incorrectas, perniciosas e injustas, como ocurrió, por ejemplo, con la condena que los ciudadanos atenienses impusieron a Sócrates, o como aconteció con la elección de la libertad del bellaco de Barrabás antes que la de Jesús por un auditorio de judíos, sin olvidar el abrazo ferviente del pueblo alemán por el nacional-socialismo representado por Hitler, o la pasión de los italianos por Mussolini.

Suele decirse que la mayoría se equivoca y, en efecto, así es, para descalificarla. Sin embargo, la minoría (o las minorías) también se equivoca. Ni la una ni la otra tienen la garantía del acierto, de la verdad y de la corrección. Todo hacer (y todo decidir) siempre corre el riesgo del error.

Vivimos en borrador, como hace tiempo lo apreció con clarividencia Don Mariano de Larra, y el vivir es también equivocarse, pues somos lo que hemos decidido ser, con nuestros aciertos y nuestros defectos. Por temor a equivocarnos no podemos dejar de vivir. La vida es una aventura riesgosa, como también lo es la democracia. Casi no hay nada humano que carezca de riesgo, ni siquiera la inacción. Quizá lo único seguro que haya en la vida sea la muerte, no sólo por la certeza de su ocurrencia, sino también por la completa imposibilidad de acción (la inacción suprema e irremediable) que supone.

§ 4. REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN

La tradición constitucional colombiana no ha sido ajena a la democracia participativa. Un breve vistazo a nuestra historia política y constitucional así lo demuestra. La vida colonial pasó por el meridiano de los Cabildos. Fueron ellos los artífices principales de la política durante tres siglos, a pesar de la interferencia de los funcionarios reales, que desde las gobernaciones, los virreinos y las audiencias trataron de someterlos a la aparatosa red de una monarquía que, bajo el influjo de los Borbones, pretendía implantar en las Españas el despotismo ilustrado. Como lo relata con prolijidad Augusto Hernández Becerra en su artículo *Convocatorias al pueblo en Colombia*, publicado en el número 159 de marzo de 2003 de la revista *Credencial Historia*: en los albores de la República, el 20 de julio de 1810, los vecinos de Santa Fe se reúnen en un cabildo abierto

extraordinario, para decidir lo que debe hacerse ante la prisión de su legítimo monarca en manos de Napoleón; poco después de haberse expedido la primera Constitución de Colombia, el 23 de junio de 1822 los habitantes de la isla de Providencia, deciden su adhesión a la República mediante un referendo territorial; su ejemplo será seguido el 21 de julio de ese mismo año por los habitantes de la isla de San Andrés; en el proceso de formación de la Carta de 1886, el Acuerdo sobre reforma constitucional, que contenía las bases con arreglo a las cuales se elaboraría esta Constitución, fue sometido a la consideración y aprobación de las Municipalidades y contó con la participación activa de muchos ciudadanos; para superar la interrupción a la democracia que implicó el gobierno de un General que no fue siquiera candidato en unas elecciones, el pueblo concurrió el 1 de diciembre de 1957 para aprobar una reforma a la Constitución mediante referendo, aunque muchos se empeñaron en seguir hablando del plebiscito de ese año; el 27 de mayo de 1990 el pueblo, además de votar para Presidente de la República, expresó su apoyo o rechazo a la iniciativa de convocar a una asamblea constituyente, como a la postre se hizo.

La Constitución de 1991, al establecer que la soberanía reside en el pueblo, vide art. 3, para ser consecuente, no podía dejar de destacar el papel preponderante que le corresponde a la democracia participativa, como lo hace en su preámbulo y en sus artículos 1, 2, 3, 40, 79, 95, 103, 104, 105 y 106, entre otros. Entre los mecanismos de participación ciudadana, mediante los cuales el pueblo ejerce su soberanía, se encuentran el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

Junto a la democracia participativa convive la democracia representativa, que se funda en la voluntad manifestada por el pueblo con su voto en las elecciones. Esta convivencia no siempre es pacífica, pues los intermediarios del pueblo, valga decir, sus representantes, tienen la natural preocupación de verse desplazados por su mandante, cuando éste decide ejercer directamente la soberanía de la cual es titular. Por eso no causa la menor sorpresa el hecho de que lo que la Constitución establece con prolijidad, se haya restringido por la vía de la dificultad y de los trámites establecidos en la reglamentación legal.

La Ley 134 de 1994 define cada uno de los mecanismos y, fiel a cierta tradición burocrática de hacer complejo lo que debe ser sencillo, para sembrar de trámites, y de demoras, los procedimientos, se establece una serie de requisitos, a modo de obstáculos, para fatigar a los valientes que se aventuren en la empresa de ejercer directamente el poder de que son titulares. El caso puntual de referendo es ilustrativo del fenómeno, como pasa a verse en la siguiente sección.

§ 5. EL VIACRUCIS DEL REFERENDO

La ley que reglamenta el referendo establece de manera confusa, repetitiva y, por qué no decirlo, caótica, varias estaciones del viacrucis, a saber: la inscripción y registro de la solicitud, la obtención del certificado, la presentación de la iniciativa, su trámite, un primer control de constitucionalidad, la convocatoria, su votación y aprobación, y un segundo control de constitucionalidad.

Entre otras cosas, se le pide al interesado ser ciudadano en ejercicio y contar con el respaldo del cinco por mil de los ciudadanos inscritos en el censo electoral; constituirse con ocho ciudadanos más en comité, elegir a un vocero que lo presida y represente, e inscribirse ante la Registraduría del Estado Civil; para inscribirse se requiere identificar a los miembros del Comité, hacer una exposición de motivos de la solicitud de referendo, precisar la esencia de la solicitud y el proyecto de articulado; respetar el principio de unidad de materia; y hecha la inscripción, obtener el correspondiente registro.

Si se logra la inscripción y el registro, el interesado debe salir a la calle armado de un arsenal de copias de un formulario para obtener las firmas de las personas que apoyan la propuesta en el término de seis meses; para que las firmas cuenten, los datos del formulario deben estar completos, ser auténticos y sin errores, no se admite firmas de la misma mano, o firmas no manuscritas y, además, el autor de la firma debe aparecer en el censo electoral. La Registraduría verifica el cumplimiento de los anteriores requisitos, en una tarea que es en verdad faraónica y dispendiosa, para a la postre certificar el cumplimiento de las exigencias establecidas.

Con el certificado en mano, el interesado debe recordar la mutilación que hace la Ley al referendo, al excluir expresamente los asuntos que corresponden a la iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes, los temas presupuestales, fiscales o tributarios, las relaciones internacionales, la concesión de amnistías o indultos o la preservación y restablecimiento del orden público, antes de radicar el proyecto de ley ante la secretaría de alguna de las Cámaras. El Congreso lo tramita, casi siempre de manera cansina y desgana, para decidir a la postre si brinda o no al pueblo la oportunidad de pronunciarse.

La ley aprobada debe someterse a un control automático e integral ante la Corte Constitucional, para que se revise, una vez más, lo que ha sido certificado por la Registraduría, y para que verifique el proceso de formación de la ley. Sobre este primer control y sobre el segundo, del cual se hablará más adelante, me he ocupado en extenso en el estudio El control judicial del referendo constitucional, vide Boletín 16 del Instituto de Estudios Constitucionales.

Si se superan las anteriores etapas, el Gobierno convoca al pueblo a referendo, y se pone en marcha el complejo aparato logístico de las elecciones.

Para ser aprobado, el referendo requiere del voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, siempre que el número de éstos sea superior a la cuarta parte de ciudadanos que integran el censo electoral, ni uno más ni uno menos.

Al cargar tan pesada cruz, el interesado descubre con asombro lo que parece ser una ironía cruel, una mal disimulada burla o un intento de incursionar en la literatura fantástica del legislador, que dice en el artículo 39 de la Ley, con ocasión de la campaña del referendo, que éste, pese a todos los trámites a que está sometido, “deberá realizarse dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud”.

Si pese a todo lo anterior, el referendo se aprueba, y si se trata de una reforma constitucional, cualquier ciudadano en ejercicio de

la acción pública de constitucionalidad puede demandarla ante la Corte Constitucional dentro del preteritorio término de caducidad que la Constitución establece.

§ 6. POR EL PUEBLO, PARA EL PUEBLO, SIN EL PUEBLO

El referendo y, en general, los mecanismos de participación ciudadana, deben superar una carrera de obstáculos, deliberadamente puestos por sus representantes, para hacer de su trámite una experiencia tan extensa y compleja como para desestimular cualquier intento de participación. El burdo trazado de los trámites que se ha hecho en la sección anterior a mano alzada, permite comparar las muchas dificultades de los mecanismos de participación popular frente a la clásica representación, cuya senda es mucho más cómoda y expedita, a pesar de la poca concurrencia de los congresistas a las sesiones.

La democracia participativa suele concitar la atención del país muy de cuando en cuando. Se requiere de la existencia de un referendo constitucional como el que pretende modificar la norma que limita la reelección presidencial, para que el tema cobre actualidad. Por desventura, la elección de Presidente de la República es un asunto que polariza a las personas, y la reelección logra potenciar ese estado varias veces. El discurso electoral suele ser visceral, contingente y emotivo. En él pesan más los argumentos que califican o que descalifican a una persona, la que gobierna y tiene la posibilidad de la reelección. Tirios y troyanos entran en liza en defensa de sus intereses del momento. Esta perturbación del juicio convierte la carrera de obstáculos burocráticos que debe sortear el referendo para llegar a ser siquiera considerado por el pueblo, en una especie de pugilato, en el cual cada asalto brinda la ocasión de hacer un pulso de poder. Merece la pena escapar de la telaraña de lo mezquino para atisbar la cuestión estructural que subyace atrapada en medio del tumulto. Más allá del proceloso mar de los intereses y de las emociones está en juego la suerte de la democracia participativa y de sus mecanismos.

La democracia participativa, salvo cuando se trata de votar para elegir representantes del pueblo, es para muchos algo temible.

Pareciera que el pueblo sólo cuenta e importa cuando se trata de elegir representantes y poco más. Muchas personas sólo conocen a sus representantes en época de elecciones, y algunos afortunados tienen la suerte de ser escuchados por ellos y, lo que es aún más exótico, escucharlos decir algo, cualquier cosa, en los días de campaña. Ese temor se plasma en la manifiesta diferencia que existe entre el voto y los demás mecanismos de participación, como pasa a verse de manera breve.

En primer lugar, a nadie se le ha ocurrido hasta ahora establecer un límite de participación, a modo de quórum, para establecer la validez de una elección de concejales, alcaldes, diputados, gobernadores, representantes, senadores o presidente; en estos casos sea cual sea la participación del pueblo, la elección se tiene como válida; la abstención no pasa de ser un elemento a tener en cuenta para el vaporoso juicio político de la legitimidad; en cambio, cuando se trata del referendo o de otro mecanismo de participación popular, se exige un porcentaje de participación que no puede ser inferior a la mitad del censo electoral. Valdría la pena preguntar cuál es la razón de la diferencia, valga decir, por qué es válida la elección de un presidente en la que sólo participa el 20% del censo electoral, pero ese mismo porcentaje no alcanza para aprobar un referendo.

En segundo lugar, en las elecciones ordinarias todos los votos se cuentan, incluso los votos en blanco, los nulos y los no marcados, mientras que en el referendo la primera posibilidad es imposible, pues se considera que no procede y las otras dos, pese al hecho innegable de su existencia, se ignoran de plano, no existen, pues lo único que se cuenta son los votos válidos que sean afirmativos o negativos. Al referendo no le basta con una copiosa participación popular, sino que ésta debe ser siempre impecable, sin titubeos, sin errores y sin olvidos o desatenciones.

En tercer lugar, para la elección de representantes se habla con timidez de un umbral electoral, en torno del cual se libra una lucha a dentelladas, para rebajarlo por parte de los grupos minoritarios, o para subirlo por parte de los mayoritarios. En un caso se habla del 2% y en otro del 5% por ciento de la participación. Hablar de un 10% sería

para los representantes una exageración y un acto descomedido, pues la pérfida tradición de las microempresas electorales y el clientelismo todavía siguen estando vigentes en la actualidad y subir los números las pone en entredicho, pues reclama al menos una especie de fusión a la que muchos se niegan. En cambio, cuando se trata del referendo, a ninguno de los representantes le parece desmesurado o siquiera inequitativo hablar del 25%, no de la participación, sino del censo electoral. Esta asimetría genera una paradoja: el 20% de las personas incluidas en el censo pueden elegir unos representantes que cambien la Constitución tantas veces cuanto sea posible en su período, pero ese mismo porcentaje no puede cambiar la Constitución una sola vez, si pretende hacerlo de manera directa.

En cuarto lugar, las elecciones ordinarias se realizan de manera periódica sin otro requisito que el transcurso del tiempo. En cambio, el referendo, para poder siquiera ser convocado, requiere que el Congreso, valga decir los representantes del pueblo, tengan la voluntad de hacerlo mediante una ley y que el proceso de formación de la misma sea intachable a juicio de la Corte Constitucional, que ejerce sobre la misma un control automático. Los representantes pocas veces tienen el valor de decir que no, ni al pueblo ni a nadie; más bien prefieren las formas indirectas como el alargar de manera injustificada los debates, la marrullería de desconfigurar el quórum, o la felonía de sembrar de vicios sus propias actuaciones para frustrar la participación popular. Quizá lo anterior pueda parecer descomedido con los representantes, y tal vez lo sea, pues hace falta mencionar que éstos no siempre actúan así de manera deliberada, ya que a veces también lo hacen por torpeza.

En quinto lugar, si bien en ambos casos los muertos participan, lo que pasa en nuestro caso desconcertaría incluso a las almas muertas de Gogol. En las elecciones ordinarias los muertos todavía votan, y, mientras no se tomen las medidas necesarias para asegurar la identificación de los votantes, eso seguirá pasando, y ese voto suma para el resultado. En el caso del referendo, los muertos, al seguir en el censo electoral, siguen contando para fines del quórum exigido como si pudieran participar. Pese a que en las elecciones en Colombia suele darse el milagro de que los muertos voten,

incluso referendos, no parece equitativo tener como referente para el ejercicio de la democracia participativa un censo electoral no depurado, que incluya fantasmas.

En sexto lugar, está haciendo carrera la peregrina hipótesis de que las irregularidades en las que se incurra en las campañas electorales, cuando se trate de un referendo tienen la virtud de afectar la validez de la ley que convoca al pueblo a votarlo. No está mal el celo ético de que las campañas sean limpias y transparentes. No obstante, la consecuencia que se sigue de dichas irregularidades suele ser administrativa, afectar a sus responsables y establecerse por las autoridades electorales. De otra manera no se entiende cómo múltiples representantes del pueblo en el Congreso, e incluso en la Presidencia de la República, que practican el arte de la doble contabilidad, e incluso de la triple, y que se toman los topes electorales como una indicación no vinculante, pueden resultar elegidos de manera válida. Para no ahondar en detalles, la memoria aún sale zaherida con el bochornoso espectáculo de algunas campañas presidenciales de la década de los noventa, que resultaron superar en mucho los mentados topes gracias al generoso aporte de bribones y de criminales.

El discurso de la democracia participativa, merced a los obstáculos que ha dispuesto con mefistofélica prolijidad la ley aprobada por los representantes del pueblo para hacerla casi imposible, no pasa de ser un bonito saludo a la bandera. Los representantes aspiran a ser los únicos competentes para expresar la voluntad popular, con el argumento de que esa es la misión que el pueblo les ha conferido en las urnas. La democracia no se agota en la elección de representantes; la democracia no es sólo votar; la democracia es el gobierno del pueblo, para el pueblo y con el pueblo, y si éste quiere tener la oportunidad de participar directamente para ejercerlo, sus representantes no pueden esmerarse en el error para privarlo de esa oportunidad, como es por desventura nuestro caso. La democracia representativa establece un gobierno del pueblo, ejercido por unos intermediarios, y para el pueblo, de manera ideal, aunque a veces sea el gobierno de unos pocos, los intermediarios, para su propio beneficio. La democracia participativa permite el gobierno del pueblo, para el pueblo, pero sobre todo con el pueblo. Bien merece

la pena hacer resaltar que la democracia exige, como lo dice el preámbulo de la Constitución y varios de sus artículos, hacerse con el pueblo, valga decir, con su participación activa, y no sin el pueblo pero en su nombre y beneficio, como parecen pensarlo algunos paternalistas. Un verdadero demócrata no debe privar al pueblo de su participación, así le tema, o así sepa que éste se inclinará por una opción que no comparte o que desdenea.

§ 7. LA REELECCIÓN Y SUS FETICHES

En la actual coyuntura política colombiana ha surgido una vez más el recurrente tema de la reelección, al que se ha venido rodeando afanosamente de prejuicios y arandelas por diversos sectores, en un alarde de erudición (o conveniencia) que lo ha ido mistificando. Las múltiples voces que acometen en pro o en contra de la propuesta de reelección, casi siempre movidas por un interés oculto, generan un ruido perturbador, en medio del cual es muy difícil advertir la voz serena de la prudencia.

La reelección, al igual que cualquiera otra institución democrática, es imperfecta. Empero, la reelección en sí misma considerada a priori no es ni más buena ni más mala que la no reelección. El juicio de valor sobre la institución depende de las circunstancias que conforman el ámbito espacial, temporal y cultural en que ella va a implantarse y a practicarse. Más allá de su enunciación teórica, el valor de las instituciones está dado por su aplicación en la práctica, por su experimentación real y efectiva por una comunidad humana concreta.

La mistificación de la reelección comienza por considerarla como una novedad, como algo ajeno a nuestra tradición político-jurídica, como un riesgo a la continuidad de nuestra “débil democracia”. Sin embargo, la reelección no es nada nuevo en Colombia, actualmente está en vigencia y se practica con sumo entusiasmo –y a veces sin ningún rubor-, de manera ilimitada en la elección de los miembros del Congreso, de las Asambleas, de los Concejos y de las Juntas Administradoras Locales. No es extraño el caso de personas que han pasado toda una vida siendo reelegidos para esas dignidades, al punto de que acaban obteniendo una pensión de jubilación a cargo

del tesoro público, como tampoco lo es la existencia de verdaderas dinastías en dichas corporaciones, en las que la representación es transmitida como una posta de relevo entre padres e hijos (o sobrinos o cónyuges), hasta la aparición del curioso fenómeno de verdaderos feudos políticos y de auténticas empresas electorales.

Son pocos los estudios que existen sobre las ejecutorias de tantos congresistas, diputados, concejales y ediles en los muchos períodos para los que han sido en su oportunidad reelegidos, pero hasta ahora –al menos que yo sepa– ninguno de los miembros de esos órganos se duele o se queja de la posibilidad de su reelección ilimitada, posibilidad que, por el contrario, en su gran mayoría suele ejercerse repetidamente, sin otra pausa que la marcada por el fenómeno físico de la vejez, con la consiguiente jubilación, o del fenómeno jurídico de las faltas contra el régimen legal que les es propio, con la consiguiente pérdida de su investidura. Tampoco se aprecia ninguna queja o reparo, en un verdadero ejercicio de autocritica, por otra parte tan saludable para una democracia, sobre la “dictadura de la mayoría” en sus respectivas elecciones, como tampoco se alcanza a advertir incomodidad alguna con la posición ventajosa y eminente que el ejercicio de su función les brinda respecto de otros candidatos, sus competidores en las elecciones, mejor ni hablar de los favores presupuestales, de los “auxilios parlamentarios”, de los oscuros contratos, de su manipulación de los medios de comunicación privados y públicos, o del “clientelismo”, entre otras muchas lacras.

No obstante, lo que a muchos les agrada y conviene para sí, les desagrade para otros, en cuyo caso no sólo se ve la paja sino la viga, sublimando los riesgos y peligros que su propia situación también encarna. La lacra de la institución sólo existe cuando se trata de otro, pero, por arte de magia y de envidia al corresponderme a mí o a los míos, tórnase virtud.

El incoherente planteamiento de que una misma cosa es buena para unos y mala para otros, no puede comprenderse sino a partir del apasionamiento dialéctico que suele surgir de personalizar las instituciones, de considerarlas ad hoc, según la persona de que se trate, basándose en el afecto o desprecio que por ella se sienta.

La personificación de las instituciones conduce a los argumentos sentimentales, en los que la prudencia de la razón es desplazada por el vigor de la pasión.

La reelección debe ser examinada, si se quiere obviar un conflicto sentimental, no a partir de una persona en concreto, evitando de paso la radical contradicción de afirmar que para la persona X es malo, pero que para la persona Y sería bueno, sino dentro del contexto circunstancial de nuestra propia práctica democrática.

Un breve repaso al estado actual de la discusión sobre el tema permite apreciar que ésta se ha centrado, antes que en los albores de la racionalidad, o incluso de los más amplios de la razonabilidad, entre los difusos mojones de la emoción y de la pasión. Es curioso apreciar cómo la razón fundamental de cada discurso, al menos en una buena parte, no es una verdadera razón, sino una pasión o un interés, para el caso de los menos sentimentales. En efecto, los opositores al actual gobierno son también opositores a la reelección presidencial, mientras que sus partidarios lo son también de ésta. De otra parte, los más activos entre los opositores son tanto aquéllos que tienen interés personal en ser candidatos presidenciales, quizá ante el temor de competir o de salir derrotados, como aquéllos que ya accedieron a tal dignidad y no tienen muchas opciones de volver a hacerlo.

Lo más significativo y lo más grave del debate sobre la reelección en que actualmente estamos empeñados, es que casi todos los partícipes dan como un hecho cierto que el porcentaje de respaldo popular medido por las encuestas se traducirá en una votación equivalente en caso de realizarse la elección propuesta. Quizá por eso, muchos de ellos, que además se autoproclaman como demócratas, centran todas sus energías en impedir la posibilidad de que la mayoría se pronuncie. Es que con la democracia ocurre algo muy humano: cuando nos favorece es muy buena, y cuando no, se torna mala; la mayoría cuando nos brinda su apoyo es sensata, prudente, libre y hasta “sabia”, pero cuando no lo hace es estúpida, tiránica, ciega, influenciable y torpe. Pareciera ser que en la política cobra mucha actualidad aquel proverbio que sentencia: cada quien juzga y habla de la fiesta conforme le haya ido, o, para el caso, le vaya a ir.

Toda la artillería de las huestes políticas se ha concentrado en la defensa o el ataque de la ley que convoca a un referendo constitucional para reformar la Carta y permitir la reelección. Se da por un hecho cierto que la ley equivale a la reforma, pues se desdeña la posibilidad de que el pueblo pueda decidir de manera distinta de aprobar la propuesta, o la no menos relevante posibilidad de que la participación no alcance a satisfacer las altísimas exigencias establecidas. Pese a ello, es menester poner de presente que lo que se discute no es una reforma constitucional en sí, sino apenas la posibilidad de convocar al pueblo para que tome, él sí, una decisión al respecto. Más allá de este referendo en particular, parecería que no convocar al pueblo a tomar una decisión que le afecta, como lo es la de modificar la Constitución, no es la decisión más acorde con la democracia. El pueblo puede decidir de manera errónea o catastrófica, pues a veces es veleidoso, apasionado, ignorante, etc., pero, a pesar de ello y pese a todo, es el titular de la soberanía, valga decir: tiene el poder para decidir aunque decida mal. Los mismos argumentos que sirven para cuestionar la capacidad de decisión del pueblo al momento de votar un referendo, sirven para cuestionar esa misma capacidad al participar en la elección de sus representantes, en la cual, además, suele haber un carrusel de promesas, favores, abanicos, tamales y aguardiente.

Se argumenta que el pueblo no tiene competencia para sustituir la Constitución, pues para estos efectos no es constituyente primario, sino poder constituido, algo así como el representante de sí mismo y, como todo representante, sus facultades estarían limitadas al poder conferido. El pueblo estaría así atado al mandato dado por un grupo de sus representantes en una Asamblea Constitucional que, merced a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, devino en Constituyente.

Se aduce que el trámite de la ley convocante está plagado de incorrecciones. Que no se han respetado los topes de financiación de la campaña, que no se ha votado como corresponde cada uno de los impedimentos, que hay o no la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil, que el Congreso no puede modificar el texto del proyecto sometido a su estudio, que una sesión se convocó pero que

la convocatoria se publicó a destiempo, que algunos congresistas de los que aprobaron el proyecto lo hicieron en contra de la voluntad mayoritaria de su partido, que no habría garantías, etc.

Para saber si estos reparos están justificados es menester examinar en detalle el voluminoso proceso de formación de la ley, sin olvidar, eso sí, que el verdadero trasfondo del asunto es si el pueblo tiene derecho a ser convocado para decidir si aprueba o si no aprueba, de manera libre, reformar la Constitución, o si, de manera igualmente libre, se abstiene de participar en esa decisión, cuando un porcentaje representativo de él así se lo ha solicitado a sus discólos representantes.

§ 8. EPÍLOGO

La democracia no depende de las formas, ni de las teorías, ni siquiera del diseño de las instituciones, sino, ante todo, de las personas que conviven en la comunidad en que ésta se ejerce. Sin contar con la gente, ningún sistema democrático funcionará.

Si la viabilidad de la democracia depende de la gente, más que del diseño del sistema mismo, su calidad dependerá también de la calidad de dicha gente: mientras más inculta, primitiva y bárbara sea, tanto más lo será la democracia que practica y, a contrario sensu, la cultura, el desarrollo y la civilización de una comunidad humana también se verá reflejada en la democracia que practica.

Ante el hecho evidente de la imperfección humana, salta a la vista la imperfección de todo lo que el hombre hace, incluyendo, claro, el sistema democrático. La reelección, como cualquier otra institución democrática, es imperfecta, y siempre frente al riesgo de que no funcione hay la posibilidad éxito: todo depende de las circunstancias particulares (espaciales, temporales y culturales) en que se verifique.

Una de las más grandes heterodoxias democráticas es juzgar a la gente como incompetente para tomar decisiones, y al mismo tiempo señalar que se es un demócrata. No olvidemos que algunas responsabilidades públicas en Atenas, la cuna de la democracia, eran

asignadas por sorteo. El matiz teórico de que la gente puede adoptar algunas decisiones pero otras no, requiere la justificación especial de esa incapacidad, pues en el sistema democrático, así ello no sea lo más apropiado a cada situación, todos tenemos el mismo valor, un hombre, un voto, sin considerar nuestras condiciones particulares, que obviamente pueden, y de hecho así ocurre, ser diferentes.

El privar a la gente de la oportunidad de tomar una decisión, por medio de unas elecciones, así existan los riesgos que acompañan a toda elección, léase el fracaso, el error, la manipulación, etc., no es otra cosa que restringir su poder, que limitar la democracia, en nombre de la democracia misma. Si la gente no es capaz de elegir bien, la propuesta, en lugar de ser privar a la gente de esa posibilidad, debería ser contribuir a que ella, por medio de la educación, de la reflexión y del ejemplo, pueda aprender a hacerlo mejor. Los defectos de la democracia no pueden ser el fundamento de su negación, sino el más profundo acicate para su afirmación y perfeccionamiento. Eso si en verdad creemos en la democracia, a pesar de que la decisión de la mayoría nos guste o disguste, convenga o no convenga. De lo contrario reneguemos de una vez de la democracia y busquemos otro sistema de organización política.

TEORÍA DEL CASO

José María del Castillo Abella
Christian Wolffhügel Gutiérrez

Doctora
CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrado Ponente
Corte Constitucional
Ciudad
E.S.D.

REFERENCIA: Oficio No.1156 de 16 de julio 2008, atinente al expediente D-7318, Ley 906 de 2004, artículo 371 (parcial).

Muy distinguida, Doctora:

Cordial y respetuoso saludo. En relación con la solicitud contenida en el Oficio de la referencia, al tenor de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, gustosamente, procedemos a emitir el concepto que se solicita a esta Casa de Estudios.

I. EL ASUNTO PLANTEADO

A través de escrito de fecha 21 de mayo de 2008, se radicó ante la H. Corte Constitucional una acción pública de inconstitucionalidad contra la expresión “*si lo desea, podrá hacer*” prevista en el inc. 2º del artículo 371 de la Ley 906 de 2004. Precisa advertir que el *quid* de esta demanda radica en que, a juicio del demandante, el hecho de que la defensa tenga la facultad de presentar o no la Teoría del Caso –una vez instalado el Juicio Oral– implica la supuesta violación a la Carta Política, específicamente a los artículos 1º, 5º, 13º, 29º, y 250 (numeral 4); al respecto, entiende el accionante que la Defensa **debe** presentar ineluctablemente la susodicha Teoría del Caso.

II. UNA REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

Aquí, conviene detenerse a fin de observar el tratamiento que esta discusión adopta en algunas legislaciones de este margen planetario. Señálese, desde luego, que se trata de plexos jurídicos que acogieron, al igual que nosotros, el modelo procesal de tendencia acusatoria.

Esta revisión, tan somera como inevitable, nos ubica, en primer lugar, en el Código Procesal Penal de **Chile**¹ que, en el Título III, párrafo 9º –Desarrollo del Juicio Oral–, en su art. 326, determina que en la apertura del juicio oral después de la intervención del Fiscal: “(S)e ofrecerá la palabra al abogado defensor, quien **podrá** exponer los argumentos en que fundare su defensa” (Resaltado fuera del texto); en segundo lugar, el Código Procesal Penal de **Costa Rica**² prevé en el Capítulo II –relativo a la sustanciación del juicio–, art. 341, que una vez oído al Ministerio Público: “(S)e le concederá la palabra a la defensa, para que **si lo desea**, indique sintéticamente su posición respecto de la acusación” (Resaltado fuera del texto); finalmente, en tercer lugar, el Sistema Procesal Penal de **Paraguay**³ establece –en el artículo 383 concerniente a la declaración del imputado y presentación de la defensa– que, una vez definido el objeto del juicio, el presidente dispondrá “que el defensor explique su defensa, **siempre que lo estime conveniente**” (Resaltado fuera del texto).

En suma, no es fortuita la redacción empleada por el legislador patrio toda vez que, desde la perspectiva del Derecho comparado –sin ser absoluta por supuesto– resulta coherente, en el marco de un sistema de tendencia acusatoria, que se faculte a la defensa para que ésta determine, al tenor de su estrategia, la necesidad o no de presentar su Teoría del Caso.

III. EL ASUNTO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Mirado el problema planteado desde una perspectiva constitucional, se tiene. En materia probatoria, rige el principio latino *onus probandi*

¹ Promulgado por la Ley N° 19.696, publicada con fecha doce de octubre de 2000.

² Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996, en vigencia desde el primero de enero de 1998.

³ Ley N° 1444 de 1999.

incumbit actori (la carga de la prueba corresponde al actor); al respecto, conviene decir que en materia penal se mantiene incólume tal aseveración, máxime si se tiene en cuenta el texto del artículo 250 de la C.N. que impone a la Fiscalía la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal. Dentro de este contexto a dicho ente le corresponde, al tenor del numeral cuarto de la aludida Norma Superior, presentar el escrito de acusación para dar inicio al juicio oral cumpliendo, así, con uno de los pilares de un sistema acusatorio: no hay juicio sin acusación.

Al mismo tiempo, la Fiscalía está obligada a presentar las pruebas de cargo con la acusación y es un requisito indispensable el descubrimiento de pruebas⁴; a la inversa, la Defensa no está compelida a presentar pruebas, es posible que no las tenga y, por ello, no hay norma constitucional alguna que la obligue en tal sentido. Desde luego, lo deseable es que ella las pueda esgrimir en el marco del juego dialéctico que este diseño procesal comporta; sin embargo, es innegable que se puede adelantar una fructífera defensa técnica con una activa participación en la fase probatoria a través de los contrainterrogatorios, las objeciones amén de un importante abanico de posibilidades que brinda la Ley procesal al defensor.

Es claro, por lo tanto, que si la Defensa no está obligada a presentar pruebas, no tiene esa carga, también tiene la posibilidad de presentar la Teoría del Caso o no hacerlo. Obligarla siempre a realizar dicha tarea iría en contravía de los derechos y las garantías de quien defiende. Sería, pues, contrario a la Constitución imponer esa carga a la Defensa; no hay que olvidar, pues, las implicaciones que tiene la Teoría del Caso dentro del diseño procesal que el legislador –siguiendo las huellas de la Carta Fundamental– ha plasmado.

Por ello, entonces, razonar como lo hace el demandante –obligando al defensor a improvisar y a realizar alegaciones sin ningún sustento, sólo por el capricho de que debe enarbolar una teoría del caso– resulta ser altamente gravoso desde la perspectiva constitucional; las afirmaciones que un defensor haga en ese momento procesal,

⁴ Cfr. Art. 337 del C.P.P. en concordancia con el art. 250 # 4 de la C.N.

recuérdese, deben ser objeto de adecuado sustento y eso, desde luego, no lo va a poder lograr si –por ejemplo– su estrategia pende del curso del debate probatorio. Es más, puede suceder que la teoría del caso enarbolada por la Fiscalía sea tan carente de sustento en el maderamen probatorio que lo más aconsejable sea dejar que, a lo largo del debate, la misma se derrumbe, sin tener que proponer, de forma obligada, una propia.

IV. CONCLUSIÓN

Así las cosas, si se analiza la figura jurídica de la Teoría del Caso desde las perspectivas constitucional, procesal y del Derecho comparado, resulta plenamente admisible desde esos ángulos que la defensa esté facultada para decidir si presenta o no su propia teoría del caso en el seno del debate oral, razón por la cual –salta de bulto– no se conculca ningún derecho constitucional cuando la ley procesal penal, en el aparte de la norma demandada, le confiere tal potestad al defensor. La demanda presentada por el actor debe, en consecuencia, ser desechada.

Agradeciéndoles a los H. Magistrados que hayan pensado en la Escuela de Derecho de nuestra Universidad para tan trascendental y edificante tarea, nos es grato suscribirnos,

Atentamente,

JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA
Decano Escuela de Derecho
Universidad Sergio Arboleda.

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ
Investigador del Departamento de Derecho Penal
Escuela de Derecho
Universidad Sergio Arboleda.

CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Fernando Velásquez Velásquez

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado Ponente
Ciudad
E. S. D.

REFERENCIA: Oficio No. 2072 de dieciséis de julio 2009, atinente al expediente D-7807, Ley 1098 de 2006, artículos 129, 150, 158, 197 y 199, todos ellos demandados en forma parcial.

Muy distinguidos, Señores Magistrados:

Cordial y respetuoso saludo. En relación con la solicitud contenida en el Oficio de la referencia, al tenor de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, gustosamente, procedo a emitir el concepto que se me solicita.

I. EL ASUNTO PLANTEADO

Mediante un largo escrito sin fecha, pero presentado el día cuatro de junio 2009, se radicó ante la H. Corte Constitucional una acción pública de inconstitucionalidad entablada por un Profesional del Derecho contra diversos apartes de los artículos 129, 150, 158, 197 y 199 del Código de la Infancia y de la Adolescencia (Ley 1098 de 08.11.2006), atinentes a distintas materias, así:

A. Artículo 129. Se cuestiona el texto que reza: “...***En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal***” (inciso final).

B. Artículo 150. Se demandan las locuciones: “...Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior” (inciso 2º), “...Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia” (inciso 4º) y “...El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación” (inciso 5º).

C. Artículo 158. Así mismo, se cuestionan la siguiente construcción idiomática: “...El proceso se suspenderá mientras se logra la comparecencia del procesado. En estos eventos la prescripción de la acción penal se aumentará en una tercera parte” (inciso 2º).

D. Artículo 197. En relación con este texto se critican dos apartes: “...de oficio sí” y “...no la hubieran solicitado” (inciso 1º).

E. Artículo 199. Se objetan los siguientes segmentos: “...1... esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004”. “2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004”. “...4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal. 5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal. 6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004”. “7. No...”; “8. Tampoco... ningún otro...salvo”. Y, del párrafo transitorio, las expresiones: “...no”, “...ni”, “...tampoco”, “...ni”, “ningún otro”, “salvo” (párrafo).

II. PRECISIÓN METODOLÓGICA

A efectos de ordenar los contenidos de este escrito y poder emitir el concepto solicitado, se procede a reunir en dos grupos las normas que son objeto de cuestionamiento por parte del peticionario: en el primero, se abordan los artículos 129, 158 y 197; y, en el segundo, los artículos 150 y 199.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS ARTÍCULOS 129, 158 Y 197 DE LA LEY 1098 DE 2006

Examinadas en forma detenida las diversas razones esgrimidas por el solicitante, en relación con los textos de los artículos 129, 150, 158 y 197, se tiene lo siguiente.

A. Sobre el artículo 129. Como ya se ha dicho, el petente cuestiona el aparte que reza: “*En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal*”, en torno a lo cual se debe decir lo siguiente.

Si bien, un análisis realizado *prima facie* puede llevar a la convicción de que resulta cuestionable el establecimiento de una presunción como esta, en un país donde poco más de la mitad de la Población vive en condiciones infrahumanas y el desempleo ha llegado a los niveles señalados por el demandante –sin descartar los acertados cuestionamientos socio-económicos que se plasman en el escrito–, también es lo cierto que la presunción allí consignada no es de derecho (*juris et de jure*) sino legal (*juris tantum*), esto es, **admite prueba en contrario**, por lo cual no se ve cómo pueda pugnar con la norma superior.

Es más, debe decirse que aparte similar contenido en el texto del artículo 155 del Código del Menor ya derogado, fue declarado exequible mediante sentencia C-388 de cinco de abril de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz –ante demanda instaurada por el Dr. DARÍO GARZÓN GARZÓN–, oportunidad en la cual se debatieron las mismas tesis. En efecto, entonces se dijo:

En primer lugar, *no es cierto que una presunción legal comprometa el debido proceso*:

“Como lo ha aceptado esta Corporación, la existencia de las presunciones legales no compromete, en principio, el derecho al debido proceso. Nada obsta para que el legislador, con el fin de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos jurídicamente relevantes y de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos, respetando las reglas de la lógica y de la experiencia, establezca presunciones legales. En estos casos, la ley reconoce la existencia empírica de situaciones reiteradas y recurrentes, comúnmente aceptadas, para elevarlas, por razones de equidad, al nivel de presunciones”.

Es más, en segundo lugar, al abordar el tema atinente a *la justificación de redistribución de cargas procesales*, también se señaló:

“La razonable correspondencia entre la experiencia -reiterada y aceptada-, y la disposición jurídica, así como la defensa de bienes jurídicos particularmente importantes, justifican la creación de la presunción legal y la consecuente redistribución de las cargas procesales. Si bien, en principio, los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión, lo cierto es que, en las circunstancias descritas y con el fin de promover relaciones procesales más equitativas o garantizar bienes jurídicos particularmente importantes, el legislador puede invertir o desplazar el objeto de la prueba. Es por lo anterior que *un segmento importante de las presunciones legales tiende a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta*”.

Incluso, en tercer lugar, se señalaron los *requisitos para que una presunción legal sea constitucional*:

“Para que una presunción legal resulte constitucional es necesario *que la misma aparezca como razonable*, es decir, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia-, que persiga un fin constitucionalmente valioso, y que sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mencionado fin”.

De igual forma, en cuarto lugar, la Corte demostró que *se superaba el juicio de razonabilidad de la presunción legal* en cuestión:

“El juicio de razonabilidad de una norma que consagra una presunción legal se supera, simplemente, al verificar que, según las reglas de la experiencia, es altamente probable que, de ocurrir el hecho base o antecedente, se presente el hecho presumido. La probabilidad se define, principalmente, a partir de datos empíricos. No obstante, en algunas circunstancias, el legislador puede encontrar probable la conducta que, según el ordenamiento jurídico, debe seguir un sujeto razonable (o lo que en derecho civil aún hoy se denomina un buen padre de familia). En consecuencia, *para consagrar una determinada presunción, la ley puede tener en cuenta expectativas sociales adecuadamente fundadas, siempre que tales expectativas puedan ser razonablemente satisfechas. No obstante, tratándose de una presunción legal, la persona afectada tendrá siempre la oportunidad de demostrar la inexistencia del hecho presumido*”.

Por ello, en quinto lugar, *concluyó*:

“En suma, *nada en las disposiciones legales estudiadas permite aseverar que el deudor será condenado a pagar una suma que le resultaría imposible sufragar y que el correspondiente incumplimiento va a culminar con una sanción penal en su contra. Por el contrario, la imposibilidad de pagar por insuficiencia de recursos debidamente documentada constituye justa causa para disminución o suspensión temporal de la obligación alimentaria y sirve para desvirtuar la responsabilidad penal por el delito de inasistencia alimentaria. /Dado que la presunción legal bajo estudio resulta razonable y proporcionada, la Corte procederá a declarar su exequibilidad*” (cursivas añadidas).

Por ende, Honorables Magistrados, como el demandante no sólo no ha podido probar las vulneraciones a los mandatos superiores contenidos en los artículos 2, 6, 25, 28 inciso final, 54, y 229 de la Ley de Leyes —en los que se apoya— y éstas tampoco existen, sino que ya la Corte se ocupó en forma extensa y pródiga sobre el asunto, el único pronunciamiento que aquí cabe es el de **estarse a lo resuelto en la sentencia C-388 de cinco de abril de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.**

B. Sobre el artículo 158. También, cuestiona el peticionario el texto de esta disposición en el aparte ya transcrito [cfr. *Supra* II, C] en cuanto no posibilita el juzgamiento en ausencia del menor, en lo que ve una notoria desigualdad cuando compara esta norma con las disposiciones pertinentes de la legislación procesal ordinaria, para el caso la Ley 906 de 2004, que sí lo permiten como parte del diseño procesal de tendencia acusatoria —¡no acusatorio, como afirma de forma insistente el discurso oficial!— que prevé la Carta en el texto del artículo 250, entre otros.

Incluso, debe añadirse, la propia Corte Constitucional ha avalado este diverso tratamiento al ausente cuando señala que ese mecanismo es ajustado a la Carta Fundamental: “...**esta Corporación, en diversos pronunciamientos de constitucionalidad, ha encontrado que esta figura se ajusta a los principios constitucionales y al respeto por los derechos fundamentales, siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos, tanto de carácter procesal como sustancial...**” (cfr. sentencia T-737 de 20 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente: Jaime Córdova Triviño y sentencias allí citadas, en especial las mencionadas en el pie de página 43. Cursivas, subrayas y negrillas añadidas).

También, de manera amplia, la sentencia C-591 de nueve de junio 2005, enseña:

“En materia de juicios en ausencia, se tiene que los mismos no se oponen a la Constitución por cuanto permiten darle continuidad de la administración de justicia como servicio público esencial, pese a la rebeldía o la ausencia real del procesado, e igualmente, facilitan el cumplimiento del principio de celeridad procesal. No obstante lo anterior, la vinculación del imputado mediante su declaración de reo ausente sólo es conforme con la Carta Política si (i) el Estado agotó todos los medios idóneos necesarios para informe a la persona sobre el inicio de un proceso penal en su contra; (ii) existe una identificación plena o suficiente del imputado, dado que por estar ausente por lo general no basta con la constatación de su identidad física; y (iii) la evidencia de su renuencia” (cursivas añadidas).

Ello, evidentemente, muestra que existe un régimen desigual que –en principio– no tiene razón de ser; es más, debe decirse que si el querer del legislador ordinario era introducir un rito procesal de tendencia acusatoria acorde con los lineamientos señalados en la Carta [cfr. artículos 29, 250 y concordantes] –cosa que, por supuesto, no se logró a plenitud porque todavía subsisten criticables y notorios rezagos inquisitivos–, era imperativo prohibir el juzgamiento de los mayores en ausencia, para equiparar los dos esquemas de juzgamiento –el del adulto y el del menor–.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la prohibición del juzgamiento en ausencia que a título de garantía fundamental prevé el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) sea inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad, previsto en el artículo 13 constitucional –que, ni siquiera, se tomó el trabajo de citar el demandante–; por el contrario: antes que formularle reproches a este legislador especial por haber introducido esta garantía adicional, debe alabársele por haber desarrollado a cabalidad el debido proceso en este ámbito e introducir un instituto propio de un verdadero sistema acusatorio, máxime si se tiene en cuenta la forma como esta legislación –en desarrollo de la norma superior contenida en el artículo 29 y concordantes– regula y desarrolla el Derecho al debido proceso en su artículo 26: “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen **derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones** administrativas y **judiciales** en que se encuentren involucrados. /**En toda actuación** administrativa, **judicial** o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, **tendrán derecho a ser escuchados** y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.

Es más, si bien el artículo 250 inc. 1º de la Carta no hace excepciones –salvo las derivadas de la aplicación del principio de oportunidad o institutos asimilados– a la hora de señalar que es potestad de la Fiscalía General de la Nación “...desarrollar las investigaciones de los hechos que puedan constituir delitos y acusar ante los jueces de la República, cuando fuere el caso, a los presuntos infractores de la ley penal”, también es lo cierto que en dicho texto no se prohíbe que se evite el juzgamiento de menores en ausencia.

Incluso, ni siquiera la afirmación que hace el demandante –cuyos argumentos en este ámbito son bastante pobres–, en el sentido de que con ello “...el proceso queda en pausa hasta tanto el adolescente sea aprehendido y presentado al proceso” (pág. 11. Cursivas, subrayas y negrillas añadidas), puede hacer pensar en la contrariedad a la Carta de la disposición porque no se puede confundir la ausencia de persecución penal que pueda presentarse en situaciones concretas con los vicios de constitucionalidad que pueda revestir una determinada disposición.

En síntesis: en nuestro criterio, la prohibición del Juzgamiento en ausencia es, pues, una de las garantías que se deben observar en “**todas**” las actuaciones judiciales que involucren a los menores. No hay, pues, razones, como para pensar en la inconstitucionalidad de los apartes demandados y se debe declarar que el segmento pertinente es ajustado a la Carta no sólo porque no se contraviene ningún precepto suyo, sino porque el demandante no logró probar la vulneración a ningún precepto fundamental.

C. Sobre el artículo 197. También, es motivo de inconformidad para el solicitante que el texto de este artículo –en tratándose de procesos penales contra adultos cuando la víctima fuese un adolescente o un niño o niña– posibilite la iniciación de oficio del incidente de reparación cuando, en el lapso de treinta días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, los legitimados para hacerlo no lo lleven a cabo. A tal efecto, acude al artículo 29 de la Carta y se escuda –a título de antecedente jurisprudencial que no obliga a la Corte Constitucional–, en lo expresado por la Honorable Sala de Casación Penal en su sentencia de 27 de octubre 2008, radicado 29979.

Por supuesto, sin desconocer los alcances de lo afirmado por esta última corporación –que en la decisión señalada trata de caracterizar el sistema procesal penal vigente con base en la indiscutible autoridad del Profesor JUAN MONTERO AROCA–, cuando afirma que el proceso penal introducido por la Ley 906 de 2004 es de partes, lo que conlleva una innegable separación entre las funciones de juicio y acusación amén de que asegura la preeminencia del principio de la imparcialidad, también es verdad que la norma cuestionada

para nada afecta estos presupuestos, en la medida en que ella toca con aspectos meramente civiles, propios de la problemática de la responsabilidad civil derivada del delito, que –atendido el sistema acogido por el legislador en esta materia– es lo que quiere preservar a toda costa el legislador.

En otras palabras: el margen de discrecionalidad legislativa que tiene el codificador –siempre circunscrito al programa penal de la Constitución– no le impide prever en la ley, para el caso una legislación penal especial que busca proteger a los menores, que el juez pueda –de oficio– velar por la reparación de las víctimas cuando los encargados de hacerlo no procedan en los términos señalados en la misma. Ello, pues, para nada toca con el esquema de juzgamiento adoptado por el legislador procesal como, de forma equivocada, parece entenderlo el demandante cuando se leen sus consideraciones (cfr. página 14). Dicho de otra forma: el contenido del artículo 197 no toca las bases estructurales del esquema de juzgamiento que el legislador ordinario plasma en desarrollo de la Constitución Política. No hay, entonces, razones para pensar en la inconstitucionalidad del segmento demandado y así debe declararlo la Corte, máxime que el peticionario no ha demostrado una sola vulneración de la Carta Fundamental en este caso.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LOS ARTÍCULOS 150 Y 199 DE LA LEY 1098 DE 2006

Lo que hay de común entre estas dos disposiciones, Honorables Magistrados, es que ellas vulneran de manera franca y abierta la Carta Fundamental –como lo dice el demandante– motivo por el cual, según ya se advirtió, se destina un capítulo de este escrito para ocuparse de cada una de ellas. No obstante, antes de adentrarse en el examen que corresponde, es pertinente hacer algunas consideraciones previas que, a manera de marco general, sirvan para la reflexión posterior.

A tal efecto, se muestra cómo de la Carta Fundamental de 1991 emerge todo un programa penal de la Constitución orientado, sin duda, hacia un derecho penal mínimo, de garantías; así mismo, se

señala cuál es el alcance de los principios que integran ese programa, elevados por el legislador al rango de normas rectoras. Y, por supuesto, como la demanda en examen cuestiona no sólo el art. 150 por ser violatorio del debido proceso legal acusatorio sino, también, el texto del artículo 199 que –en su integridad y no sólo en los apartes demandados– echa por la borda todo el diseño constitucional en materia de la teoría de los fines de la pena, se examina la concepción que en esta materia asumen la Constitución y la Ley penal.

A. Reflexiones preliminares. Por supuesto, antes de adentrarse en las consideraciones por medio de las cuales este escrito quiere avalar las pretensiones de la demanda en examen, es pertinente plasmar algunos postulados generales que sirvan de partida para la reflexión final.

1. El Programa penal de la Constitución. El Derecho penal –como forma jurídica de ejercer el poder punitivo del Estado–, desde la época de la Ilustración, ha sido concebido como un puro poder material represivo y expansivo, que requiere ser limitado, a través de una serie de postulados capaces de demarcar el qué y el cómo castigar para garantizar derechos individuales. Esos axiomas se extraían entonces de órdenes externos al propio Derecho penal (el derecho natural).

Hoy, por el contrario, ha dicho la doctrina, “... existe amplio consenso en estimar que un poder del Estado como es el punitivo tiene que tener definidos sus fines y, por tanto, los postulados o principios de su sistema de argumentación y de aplicación –tanto en fase legislativa como judicial–, a partir de la definición y configuración que de ese poder del Estado hace la Constitución. Y esto es así porque ese poder del Estado se realiza mediante normas y decisiones jurídicas, y tanto el Legislador que las elabora, como el Juez que las aplica están vinculados por las prescripciones de la Constitución. Esta vinculación, además, está garantizada por la atribución de un control sobre el legislativo y los jueces a un órgano supremo que es el Tribunal Constitucional, con poder para corregir a uno y a otros” (Cfr. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, S. L., 2004, págs. 43-44).

Por ello, pues, se puede concluir de la mano de los expositores acabados de citar, que “...*los principios rectores del sistema penal no deben considerarse hoy como...meros “límites” del ius puniendi sino como principios constituyentes del derecho de castigar o, dicho de otro modo, el Derecho penal debe ser considerado como **derecho penal constitucional**, pues, ...es consustancial al mismo la función de garantía de los valores y los derechos que en el texto constitucional se recogen*” (*idem*, pág. 44. Cursivas, subrayas y negrillas añadidas). Es más, por tal razón es válido afirmar que la Constitución de 1991 rompe con la concepción abstracta del hombre y de la sociedad, entendida como un conjunto de sujetos libres e iguales y, en su lugar, sustenta una noción realista de los seres humanos, como sujetos sometidos a la desigualdad y a la falta de libertad material, para –a partir de ello– reclamar una acción política y jurídica destinada a superar esa desigualdad y las carencias de libertad. Todo ello, por supuesto, ha de plasmarse también en el Derecho penal. La Constitución, pues, contiene preceptos que –unos directa, otros indirectamente– afectan y conforman el sistema punitivo. Se trata, en realidad, de un sistema complejo de relaciones (Cfr. Ob. cit., *ibidem*, pág. 44).

De allí, Honorables Magistrados, que es del examen detenido de la Carta Fundamental (de su tenor literal, de los principios generales que consagra y de su espíritu) de donde surge el **PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN**, entendido como “...**el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar**” (*ibidem*, pág. 45. Cursivas, negrillas y subrayas añadidas). De forma más precisa, se alude a: “...*un conjunto de postulados político-criminales genéricos y no...soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo*” (*ibidem*).

Por ello, pues, conforman ese derecho penal constitucional los Principios generales de la Constitución y determinados preceptos de la misma que prevén mandatos, prohibiciones y preceptos atinentes a los derechos fundamentales, que encuentran pródiga

consagración en el Preámbulo y en los Títulos I y II de la Carta Política de 1991, que se erigen en **límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado**, cuyo fundamento no puede ser otro que el propio de un “*Estado social de Derecho*, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, *democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana...*” (cfr. artículo 1º). De ello se infiere, sin duda, que **no tienen cabida aquellas corrientes que pretenden fundamentar el ius puniendi del Estado a partir de posturas maximalistas autoritarias**.

Con razón, pues, ha dicho la Corte Constitucional que “en suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, *el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva*” (Cfr. sentencias C-939 de 31 octubre 2002, C-420 de 18 mayo 2002 y C-355 de diez mayo 2006).

Ahora bien, si se quieren clasificar los distintos postulados consagrados por el legislador como límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, puede afirmarse que son controles derivados del fundamento material de la misma, puesto que miran con el contenido mismo del *ius puniendi*, los *principios de humanidad, igualdad ante la ley, proporcionalidad* entendido en sentido amplio, *teleología de las sanciones penales, acto, lesividad, y culpabilidad*. Así mismo, son límites derivados del fundamento formal, dado que atienden a los presupuestos y a las condiciones para el ejercicio de la potestad punitiva, los axiomas de *legalidad, taxatividad, prohibición de extraactividad de la ley penal, prohibición de la analogía, debido proceso legal, juez natural y prohibición de la doble incriminación*, apotegmas plasmados en los Títulos I del C. P. y del C. de P. P. (cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.: *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2009, págs. 57 y 58).

2. *El alcance de las normas rectoras de la ley penal colombiana.* Naturalmente, todos y cada uno de esos postulados irradian el sistema jurídico penal y se constituyen en verdaderos faros hermenéuticos llamados a interpretar, sistematizar y criticar toda la construcción dogmática del Derecho penal, entendida la expresión en un sentido amplio.

Por supuesto, se deben distinguir los *principios generales* del Derecho penal de las *Normas rectoras* del mismo. Por los primeros, téngase en cuenta, se entienden todos aquellos axiomas fundamentales forjados por el hombre desde tiempo inmemorial que –convertidos en patrimonio común de los pueblos civilizados– permiten orientar y encauzar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica; y que posibilitan, además, a un nutrido cuerpo de doctrina llevar este sistema de conocimientos. A su turno, por *Normas rectoras* se entienden las disposiciones jurídicas que incorporan al derecho positivo, los postulados básicos del conocimiento jurídico; son, pues, los mismos principios inspiradores de esta parcela del saber vertidos en los textos legales respectivos, lo que los dota de obligatoria e imperativa observancia para el intérprete o administrador de justicia, tanto en su labor doctrinaria como judicial (*idem*, pág. 60).

Por ello, el legislador al señalar los alcances de estas *normas rectoras* –que el C. de P. P. llama *principios rectores*– ha dicho en el artículo 13 del Código Penal que se intitula como “*Normas rectoras y fuerza normativa*, lo siguiente: “**Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalcen sobre las demás e informan su interpretación**”. Es más, el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal, ubicado en el Título Preliminar denominado “*principios rectores y garantías procesales*”, dispone: “**Prevalencia. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación**”.

Así las cosas, los principios erigidos en “normas rectoras” de la ley penal colombiana contenidos en el Título I del Código Penal y en el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal, que reproducen los axiomas de índole penal contenidos básicamente

en los dos primeros títulos de la Carta Fundamental, *constituyen el programa penal de la Constitución que orienta no sólo la tarea del propio legislador sino la del intérprete y la del aplicador de la Ley Penal, de cara a desentrañar la esencia y el alcance de todas y cada una de las disposiciones que conforman el plexo jurídico penal*, incluidas normas como las contenidas en los artículos 150 y 199 de la Ley 1098 de 2006 aquí objeto de análisis de cara a precisar si se compadecen o no con la Carta Fundamental.

3. *La “función” de la pena en la Constitución y en la ley penal.* Para precisar los alcances del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia es, además, indispensable auscultar cuál es el fin o el cometido que cumple la pena en nuestro ordenamiento para, a partir de allí, determinar si esa disposición se corresponde o no con la misión constitucional y legal otorgada a la sanción.

a). *La Naturaleza de la pena.* Por supuesto, cuando en esta sede se aborda la pena se parte del presupuesto de que ella –desde la perspectiva de su naturaleza jurídica– es una manifestación del Estado, es expresión del poder estatal traducida en una injerencia directa sobre el condenado, a quien se priva de determinados bienes jurídicos (la libertad, el patrimonio, el honor, etc.), con miras a asegurar la protección eficaz de los intereses tutelados por la ley. Históricamente, pues, la pena ha envuelto siempre despliegue de poder, coacción, lo cual posibilita la supervivencia del derecho penal como suprema herramienta de control social.

b). *La teleología de las sanciones penales.* Ahora bien, para la Constitución y la Ley Penal la pena cumple un fin o una misión determinada, por lo cual dentro del programa penal de la Constitución se incluye el *principio de la teleología de las sanciones penales*. Acorde con esta directriz –que es una consecuencia del postulado de proporcionalidad en sentido amplio–, de un lado, cuando el Estado representado en la persona del juez atribuye al trasgresor de la Ley una sanción criminal (pena o medida de seguridad) lo hace con un objetivo, animado por una finalidad vinculada con el programa político criminal que la organización estatal se propone llevar a la realidad. Pero, de otro lado, el Estado no puede contentarse con la mera tarea

de perseguir las conductas punibles, sino que está compelido a velar por la realización de la justicia material a través de la imposición y ejecución de sanciones equitativas, adecuadas al hecho cometido, y de una adecuada ejecución penal.

En otras palabras: *un Estado de derecho no debe causar un mal al infractor; sino velar por su readaptación, su resocialización, su reeducación –obvio es decirlo, sin afectar los derechos humanos fundamentales de la persona y sin que ella se torne en una enmienda moral–, de tal manera que pueda llevar en el futuro una vida sin cometer delitos y reincorporarse al seno de la sociedad;* se trata, pues, no solo de prevenir la comisión de nuevos hechos criminales, sino también de proteger a la sociedad de las conductas que infringen el orden jurídico buscando su desquiciamiento. Por supuesto, la teleología que se le asigne a la represión penal dependerá del punto de partida que se asuma en relación con el sentido y el fin de la sanción penal, sea que se opte por las teorías absolutas o retributivas, las concepciones relativas o preventivas, o las posturas mixtas en sus diversas variantes, todo ello enmarcado dentro del modelo de organización social y política vigente en una comunidad determinada, en un momento histórico preciso.

Así las cosas, parece evidente que en un Estado de Derecho social y democrático, sólo se podrá pensar en una represión penal humanitaria, democrática, proporcionada, razonable, con lo cual son rechazables de plano las sanciones crueles, inhumanas, degradantes, trasunto de concepciones autoritarias que sólo buscan cosificar al hombre y desconocerle su investidura de ser racional.

Este principio ha sido, por lo demás, acogido de forma vehemente por el legislador colombiano. En efecto, en primer lugar, emerge de diversas previsiones constitucionales: Cfr. artículos 11 –que prohíbe la pena de muerte–, 12 –que proscribe las torturas, la desaparición forzada, “los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”–, 28 inc. 3° –que no tolera penas y medidas de seguridad imprescriptibles– y 34 inc. 1° –que veda “la prisión perpetua”–.

También, en segundo lugar, dimana del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 7 –que proscribe las

torturas y las “penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”—y 10.3 —el cual preconiza como finalidad del tratamiento penitenciario “la reforma y readaptación de los penados”—. Igualmente, de los artículos 5.2 y 5.6 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que prohíben las torturas y las “penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, amén de postular que las penas privativas de la libertad persiguen como “finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Y, por supuesto, de los artículos 4º y 5º del Código Penal cuyos textos, respectivamente, son los siguientes: “Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. / La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”; y “Funciones de la medida de seguridad. En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación”.

Igualmente, en tercer lugar, brota de los artículos 9º y 10º del Código Penitenciario, el primero de los cuales dispone: “funciones y finalidad de la pena y de las medidas de seguridad. La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”; y el segundo: “Finalidad del tratamiento penitenciario. El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”. También, el artículo 17 del Código Penal Militar todavía vigente, expresa: “Función de la pena y de las medidas de seguridad. La pena en el derecho penal militar tiene función ejemplarizante, retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”; y, el Código de la Infancia y la Adolescencia señala en sus artículos 19, 140 inc. 1º y 178, respectivamente, lo siguiente: “En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral”

y “Finalidad de las sanciones. Las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas”.

Así las cosas, no se necesitan muchas consideraciones para concluir que el derecho penal colombiano hace énfasis en la finalidad de prevención especial positiva, al lado de la retribución y de la prevención general positiva (sobre ello, VELÁSQUEZ V.: *Derecho penal*, 4ª ed., págs. 96 y ss.).

c). *Los fines de la pena en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.* Por ello, al realizar un recorrido por la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional se puede confirmar que la “función” primordial de la pena, sobre todo en la etapa de la ejecución de la misma –justo es decirlo, momento en el cual con manifiesta vulneración de la Constitución el artículo 199 da rienda suelta a la prevención general negativa y a la prevención especial negativa–, es la prevención especial positiva. En efecto:

(1). Sentencia C-565 de de siete de diciembre de 1993, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. En ella, con toda claridad, se señala al respecto:

“...**De la Función de la Pena.** En el modelo de Estado social y democrático de derecho del cual parte nuestro sistema político, según el artículo 1o. de la Constitución Nacional y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos y delitos que atenten contra estos bienes.

El ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático no puede desconocer las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de la legalidad. Pero al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a los ciudadanos. El Derecho penal en un Estado social y democrático no puede,

pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional. Debe, por tanto, asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañinos para sus bienes jurídicos fundamentales, en la medida en que los considera graves. Así, pues, *un adecuado sistema de política criminal, debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Síguese de ello, que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, dados unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial.*

La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones), mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables” (cursivas añadidas).

(2). Sentencia C-261 de trece de junio 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero, en ella se afirma:

“...Como se ha dicho, el sistema penal moderno no abandona la idea de resocialización, al contrario, para operar como sistema legítimo debe, dentro de su complejo universo de fines, promoverla y, más allá aún, buscar la no desocialización de la persona. De esta manera, como garantía material del individuo, la función resocializadora promovida por el Estado, encuentra su límite en la autonomía de la persona. Esta función no puede operar a costa de ella. El aspecto negativo de la misma, se convierte entonces en el aspecto decisivo: la idea de resocialización se opone, ante todo, a

penas y condiciones de cumplimiento que sean en esencia, por su duración o por sus consecuencias, desocializadoras. El Estado debe brindar los medios y las condiciones para no acentuar la desocialización del penado y posibilitar sus opciones de socialización. El aspecto positivo encuentra así un límite concreto en la autonomía de la persona: el fin de la socialización, el sentido que a ella se le dé, debe conservarse dentro de la órbita de la autonomía individual, no le corresponde al Estado hacerlo; la socialización no posee contenidos prefijados, fijarlos, hace parte del libre desarrollo de la personalidad humana (CP art. 16).

En razón a lo anterior, la función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental de la dignidad (CP art. 1º), sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana (CP art. 16). La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal” (cursivas añadidas).

(3). C-430 de doce de septiembre de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz allí se indica:

*“...La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y **un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma**, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas.*

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 74 de 1968, en su artículo 10.3 establece:

“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”.

En consonancia con la disposición anterior, el artículo 10 de la Ley 63 de 1995 define la finalidad del tratamiento penitenciario en los siguientes términos: *“Alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad...”*.

Para lograr dicho propósito, se ha adoptado un modelo de tratamiento penitenciario progresivo (Título XIII Código Penitenciario y Carcelario), del cual hacen parte los beneficios administrativos (permisos hasta de 72 horas, libertad y franquicia preparatoria, trabajo extramuros y penitenciaría abierta), y los subrogados penales, que son: la condena de ejecución condicional (art. 68 del C.P.), que podrá ser concedida por el juez cuando la sanción sea de arresto o no exceda de 3 años de prisión, y la libertad condicional (art. 72 del C.P.), que se concede cuando la pena de arresto sea mayor de 3 años o la de prisión exceda de 2, siempre que se cumplan la condiciones de orden subjetivo exigidas por las normas” (cursivas,, negrillas y subrayas añadidas).

(4). Sentencia C- 656 de 28 noviembre 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, en la que se sostiene:

“...La resocialización, concebida como garantía y centrada en la órbita de la autonomía del individuo, no consiste en la imposición estatal de un esquema prefijado de valores, sino en la creación de las bases de un autodesarrollo libre y, en todo caso, como disposición de los medios y de las condiciones que impidan que la persona vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado general y sus opciones reales de socialización. De esta manera, como garantía material del individuo, la función resocializadora promovida por el Estado, encuentra su límite en la autonomía de la persona. Esta función no puede operar a costa de ella. El aspecto negativo de la misma, se convierte entonces en el aspecto decisivo: la idea de resocialización se opone, ante todo, a penas y condiciones de cumplimiento que sean en esencia, por su duración o por sus consecuencias, desocializadoras.

La dignidad humana, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad humana son entonces los marcos para la interpretación de todas las medidas con vocación resocializadora”.

(5). Sentencia C- 144 de 19 de marzo 1997, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, en la que se expresa:

“...De allí la importancia de humanizar las penas para humanizar la sociedad en su conjunto, por lo cual se considera que la pena no puede constituirse en una represalia estatal, sino que debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción son entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación. En ese orden de ideas, *si bien se conserva la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, pues debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, lo cierto es que el derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena, pues no es tarea del orden jurídico impartir una justicia absoluta, más propia de dioses que de seres humanos. La función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho es más modesta, pues únicamente pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social.* Por ello se concluye que, tal y como esta Corte lo ha señalado en diversas ocasiones [Ver, entre otras, las sentencias C-565/93 y C-262/96 (sic)], la definición legislativa de las penas en un Estado de derecho no está orientada por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general, esto es, debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende “que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones” [Corte Constitucional. Sentencia C-565/93. MP Hernando Herrera Vergara]” (cursivas añadidas).

6. Sentencia T- 702 de cinco de julio 2001, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, expresa sobre este mismo asunto:

“...El derecho fundamental de las personas condenadas a penas privativas de la libertad a que se les dé un trato que

respete plenamente su dignidad humana, está ligado también con el derecho fundamental a la **vida digna**, que significa para estas personas sometidas a una relación de sujeción especial al Estado, el derecho a que se les ofrezcan las oportunidades y los medios necesarios para el desarrollo de su personalidad humana y así se les garantice el camino de la resocialización.

Tanto el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente, como el Código Penitenciario y Carcelario, y los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos -adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990-, contienen diversas normas que obligan al Estado a crear las condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral, y aquellas necesarias para permitir su participación en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana:

En este sentido establece el artículo 10 de la Ley 65 de 1993, la finalidad del tratamiento penitenciario: Artículo 10. **Finalidad del tratamiento penitenciario.** El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.”

7. Para terminar, la Sentencia C- 806 de treinta de octubre 2002, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas H., indica:

“En un Estado social y democrático de derecho, debe necesariamente atenderse la prevención del delito para asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad. Por lo tanto, el derecho penal debe orientarse a desempeñar, bajo ciertos límites de garantía para el ciudadano, una función de prevención general y otra de carácter especial.

En cuanto a la prevención general, no puede entenderla solo desde el punto de vista intimidatorio, es decir, la amenaza de

la pena para los delincuentes (prevención general negativa), sino que debe mirar también un aspecto estabilizador en cuanto la pena se presente como socialmente necesaria para mantener las estructuras fundamentales de una sociedad (prevención general positiva). Pero igualmente, no solo debe orientarse a defender a la comunidad de quien infrinja la norma, sino que ha de respetar la dignidad de éstos, no imponiendo penas como la tortura o la muerte, e intentar ofrecerles alternativas a su comportamiento desviado, ofreciéndoles posibilidades para su reinserción social.

Así, en el ordenamiento penal deben reflejarse las anteriores finalidades de la pena, no solo en el momento judicial de su determinación, impidiendo su imposición o cumplimiento cuando no resulte necesaria para la protección de la sociedad o contraindicada para la resocialización del condenado, sino también en el momento de su ejecución.

Al respecto de la finalidad de la pena, *ha señalado esta Corte que, ella tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas*” (cursivas, negrillas y subrayas añadidas).

B. Sobre el artículo 150. En relación con esta disposición, el accionante cuestiona la forma como según el Código de la Infancia y la Adolescencia se debe practicar el testimonio de un menor en un proceso penal seguido contra adultos, por entender que los apartes señalados supra [cfr. II, B] son violatorios del artículo 29 constitucional; estos cuestionamientos, que aparecen en las páginas 6 a 9 del escrito –así se consignent de forma no muy ordenada y técnica– son compatibles en toda su amplitud.

En efecto, si bien en esta materia rige el **principio de la prevalencia de los derechos del menor**, previsto en el artículo 9°, insertado en

el Libro I, Título I, capítulo primero del Código del Menor, en cuya virtud “*En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona*”, también es lo cierto que este postulado no puede posibilitar el desquiciamiento de todo el modelo de investigación y de juzgamiento previsto en La ley 906 de 2004, como sucede con las previsiones del artículo demandado.

En otras palabras: el codificador –así se trate del que redacta una legislación penal especial como la examinada– al hacer uso de la potestad de configuración legislativa no puede arrasar con los demás principios que inspiran el plexo constitucional, porque esa facultad no es ilimitada ni una frase huera para legitimar cualquier atropello legislativo dado que su límite es el programa penal de la Constitución que, para el caso, ha diseñado un modelo de proceso penal que no se puede deformar de manera caprichosa para acomodarlo a ciertas figuras delictivas o a hipótesis punibles que tienen como destinatarios a ciertas personas –esto es, los menores víctimas–.

Por ello, entonces, le asiste razón al accionante cuando afirma que el artículo 150 en los apartes que cuestiona desconoce el debido proceso penal acusatorio de que habla el artículo 29 constitucional en armonía con los artículos 250 y normas concordantes; en efecto:

En primer lugar, si el testimonio del menor en un proceso rituado contra un adulto sólo lo puede tomar el Defensor de Familia –¡que, para acabar de ajustar, no conoce la forma de operar del sistema procesal penal de tendencia acusatoria, porque su especialidad es otra muy distinta!– con un cuestionario escrito redactado por el fiscal o el juez con anterioridad, **se resquebrajan diversos componentes esenciales de ese “debido proceso legal”** constitucional: **la intermediación en la práctica de la prueba** [artículo 379 del Código de Procedimiento Penal: “*Inmediación. El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional*”], **la concentración** [artículo 17 del

Código citado: “*Concentración*. Durante la actuación procesal *la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua*, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará por que no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto”] y **la contradicción** [artículo 378 del Código de Procedimiento Penal: “*Contradicción*. Las partes tienen la *facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública*”].

Es más, se quebranta **el principio de la oralidad** porque esos testimonios se deben practicar en un juicio oral y público, no por escrito como el artículo dispone; con razón, pues, el demandante dice que la disposición atacada “...**pretende convertir la declaración de los menores en escriturales con cuestionarios previos a la declaración**” (página 7. Se subraya). Esto, así él no lo diga, significa que se desquicia otro **principio** que es columna vertebral del medio de prueba en un sistema como el adoptado por el Código de Procedimiento Penal, el **de publicidad** [por eso, dice el artículo 377 de esa obra: “*Publicidad*. **Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código**”].

También, en segundo lugar, el artículo en mención –en contravía de prohibición legal expresa: cfr. artículo 361 de la Ley 906 de 2004– **abre las puertas para que el juez practique pruebas de oficio**, cuando dice que él [“el juez”] podrá enviar cuestionarios para que sean respondidos por el menor. A este respecto, recuérdese, mediante sentencia C-396 de 23 de mayo 2007, la Corte Constitucional dijo que la posibilidad de decretar pruebas de oficio por parte del juez violentaba la Constitución y que, por ende, era ajustado a la Carta el citado artículo 361 que lo prohíbe; en efecto, entre otras consideraciones, allí se lee:

“La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado. El anterior análisis muestra que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden Constitucional y legal. De esta manera, la Sala concluye que no es correcto ligar, por sí sólo, el concepto de verdad con la búsqueda de oficio de aquella, pues esa regla probatoria debe ser mirada en su contexto y a partir de su finalidad sustancial”.

Por eso, como producto de lo anterior, la posibilidad de practicar pruebas de oficio por parte del juez desconoce el **principio de igualdad de armas** como lo indica dicha sentencia:

“La pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en el proceso penal. Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción. En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención

legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes”.

Así mismo, en tercer lugar, con esta modalidad de “testimonio” se impide que las partes, en el seno de la audiencia, pueden interrogar y contrainterrogar al testigo, lo cual desnaturaliza por completo este medio de prueba y entra en contravía con el modelo de tendencia acusatoria plasmado en la Ley 906 de 2004 (cfr. artículos 383 y ss.); incluso, con tan peculiar “medio de prueba” es imposible cumplir con los **fin**s que la ley procesal señala en el artículo 372: “**Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe**”. Esto, para no olvidar que también se atenta contra **el principio de la libertad probatoria**, otro eje del sistema de tendencia acusatoria adoptado por el derecho colombiano (cfr. artículo 374); y, por supuesto, con **el derecho de defensa** (cfr. artículos 29 de la Constitución Política y 8° del Código de Procedimiento Penal), pues son de suyo evidentes las limitaciones que el letrado tiene con la susodicha disposición para poder cumplir, de forma técnica, con su tarea constitucional: defender a un ciudadano que ha cometido una posible infracción a la Ley Penal, de la cual es víctima un menor de edad.

En fin, Honorables Magistrados, si se hace el ejercicio de leer el texto del artículo 150 demandado sin los apartes cuestionados por el accionante, se podrá notar no sólo que él encaja perfectamente con las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento sobre la materia ya citadas sino que, y eso es lo más importante, en ningún momento se desconoce el principio de la prevalencia de los derechos del menor y, por ende, los de la víctima –que también hay que preservar, cosa que no se hace con una construcción legislativa como la cuestionada–. Así las cosas, es evidente que **el demandante suministra elementos de juicio más que suficientes para que la**

Corte proceda a declarar inexecutable los apartes cuestionados porque desconocen el esquema procesal de tendencia acusatoria contenido en la Ley Procesal Penal y, por supuesto, en la Carta Fundamental.

B. Sobre el artículo 199. Pero las transgresiones a la Carta Fundamental toman aún mayor volumen cuando se penetra en el azaroso texto del artículo 199, cuyo contenido no puede ser jamás el propio de un derecho penal liberal, humanista, de acto, culpabilista, igualitario, tributario del principio de legalidad y, con él, del debido proceso. El artículo 199 es, pues, un claro exponente de lo que hoy se llama un **derecho penal expansionista** –políticamente autoritario– que arrasa con los dictados mínimos de **un derecho penal mínimo** –liberal y democrático– que es el avalado por la Constitución y por la legislación penal, objeto de ardua construcción por parte de la Corte Constitucional a lo largo de su historia. No obstante, de cara a corroborar las afirmaciones contenidas en la demanda, se deben hacer las siguientes precisiones que además sirven para reforzar las contempladas en el literal anterior.

1. De forma ilegítima prohíbe cualquier tipo de mecanismo reductor de la pena privativa de la libertad o llamado a acelerar o a ponerle fin a la actuación penal. En agudo contraste con el querer del constituyente, el legislador, la jurisprudencia y la doctrina penal patria, el artículo 199 arrasa con el programa penal de la Constitución al prohibir cualquier beneficio o sustitutivo penal incluidos los mecanismos vinculados con las ideas de oportunidad y de negociación a favor del condenado por los delitos de homicidio, lesiones personales dolosas –¡así la incapacidad causada sea insignificante piénsese, por ejemplo, en unas lesiones con incapacidad de cinco días!–, secuestro, o contra la libertad, integridad y formación sexuales, cometidos contra niños y adolescentes. Ello, sin duda, es plasmación de un derecho penal autoritario que sólo ve en la prevención general cuando no en la prevención especial negativa los únicos fines de la sanción penal cuando se trata de la fase de la ejecución penal, como ya se dijo.

En efecto: proscribire la libertad provisional y cualquier otra medida no privativa de libertad, cuando se profiera medida de

aseguramiento (numeral 1); prohíbe la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria (numeral 2); impide la aplicación del principio de oportunidad en las hipótesis de la antigua causal 8ª del art. 324 del Código de Procedimiento Penal, hoy 7ª luego de expedida la Ley 1312 de nueve de julio 2009, esto es, cuando proceda la extinción de la acción penal una vez aplicado el beneficio de la suspensión del procedimiento a prueba (numeral 3); erradica la suspensión condicional de la ejecución de la pena, regulada en el artículo 63 del Código Penal (numeral 4). Así mismo, elimina la libertad condicional prevista en el artículo 64 del Código Penal (numeral 5); proscribire la sustitución de la ejecución de la pena, mecanismo regulado en el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal (numeral 6); impide cualquier rebaja punitiva derivada de los institutos de la aceptación de cargos y de las negociaciones (numeral 7); y, como si quedare alguna duda de su filosofía autoritaria, con base en una cláusula general destierra cualquier otro beneficio penal o administrativo, proscripción de la que escapan los beneficios por colaboración eficaz (numeral 8). En fin, para acabar de cerrar con broche de oro esta arremetida contra el programa penal de la Constitución en el párrafo transitorio extiende esas prohibiciones a los procesos surtidos por la Ley 600 de 2000.

Con razón, pues, señala el peticionario que su demanda contra el artículo 199 tiene su razón de ser porque él es “...**contrario a la Carta Magna, al Bloque de Constitucionalidad, por ser violatorio del derecho a la igualdad, el debido proceso y en especial ser contrario a las reglas de las Naciones Unidas sobre el tratamiento a detenidos y condenados**” (folio 14). ¡No era para menos!

2. Las más sobresalientes burlas al programa penal de la Constitución. Sin perjuicio de que se puedan hacer otras consideraciones, porque las implicaciones derivadas de la puesta en vigencia del artículo 199 son múltiples y de variada índole, grosso modo, se puede decir que él compromete los siguientes axiomas que son normas rectoras de la ley penal colombiana:

a). *Desconoce el principio de dignidad de la persona humana.* Esta disposición, al proscribir cualquier mecanismo atemperador de la

pena privativa de la libertad o cualquier instituto llamado a ponerle fin a la actuación, **cosifica al condenado volviéndolo una mera cosa en manos del poder del Estado**. Se olvida, pues, que en un Estado de Derecho está prohibido utilizar al ser humano para efectos jurídico penales y que están proscriptas las sanciones punitivas que pugnen con su dignidad, lo que vincula no solo al legislador sino también a los administradores de justicia, trátese del ámbito del derecho penal sustantivo, del procesal penal y del de ejecución penal [cfr. Constitución Política, artículos 1, 5, 11, 12, 16, 28 inc. 4º, 34, 93, y 94; Convención Americana Sobre Derechos Humanos, arts. 5.1, 5.2, 5.3, 5.6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 7, 10. 1, 10.3; Código Penal, artículos 1 y 2; Código de Procedimiento Penal, artículos 1 y 3º; Código Penal Militar, artículo 198; Código Penitenciario, artículo 5º].

En otras palabras: el artículo 199 es una burla al más importante límite material al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, llamado a regentar todas las manifestaciones penales desde la perspectiva de un derecho penal minimalista, de garantías, que tenga como norte y guía la salvaguardia de la dignidad de la persona en un Estado social y democrático de derecho; de un axioma absoluto que se erige en la razón de ser, en el principio y en el fin de la organización política y, por ende, del Derecho penal, cuya construcción ella permite, como lo ha dicho la propia Corte Constitucional (cfr., entre muchas otras, las sentencias T-401/92, T-596/92, T-499/92, C-176/93, C-542/93, T-479/93, C-038/95, T-090/96, T-465/96, T-645/96 -ratificada por la sent. T-590/98-, C-239/97, C-327/97, C-191/98, T-556/98, C-521/98, T-796/98, T-572/99, T-718/99, T-961/00, T- 1430/00, C-205/03, /T-1096/04, T-684/05 y C-355/06).

b) *Violenta el principio de igualdad*. Este axioma, que pende del postulado de igualdad jurídica en general, envuelve dos consecuencias: en materia de derechos fundamentales todos los individuos de la especie humana gozan de las mismas oportunidades y prerrogativas, sin que las normas jurídicas puedan introducir discriminación alguna; y, a todos los miembros de la comunidad jurídica se les debe dar un tratamiento penal

similar cuando realizan conductas acriminadas en la ley. Desde el punto de vista procesal, todos los ciudadanos gozan de las mismas oportunidades y, por el imperio de las garantías brindadas por el principio de legalidad, de él se desprenden tres consecuencias distintas: existen idénticas posibilidades de defensa; los procedimientos privilegiados atendiendo a la raza, la fortuna o la cuna son inaceptables; y no cabe aplicar formas procesales más desfavorables a unas personas que a otras por hechos similares, ni tampoco es posible hacer discriminaciones en razón de la vigencia de estados de excepción. Por supuesto, también le repugnan a este axioma regímenes penitenciarios desiguales e inequitativos [Cfr. Constitución Política, artículo 13; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 14 y 26; Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 8.2, 24; Código Penal, artículo 7; Código de Procedimiento Penal, artículo 4º; Código Penitenciario, artículo 3; Código Penal Militar, artículo 13].

Aquí, sin duda, se está ante una clara manifestación de desigualdad como quiera que se diseñan herramientas sustanciales y formas procesales especiales para el juzgamiento de ciertas delincuencias, como si el legislador –según los intereses del momento– se empeñase en redactar pequeños códigos penales especializados que introducen excepciones a las excepciones y que, por esta vía, terminan volviéndose la norma general. A lo anterior, se debe añadir la desigualdad manifiesta en materia de la ejecución penal que propicia la aplicación del artículo 199.

Que el principio de la igualdad debe ser observado como directriz de todo el sistema punitivo, se desprende de los propios pronunciamientos de la Corte Constitucional: cfr. sentencias de T-432/92, C-0016/93, C-103/93, C-530/93, C-565/93, T-230/94, T-230/94, C-022/ 96, C-339/96, C-364/00, C-840/00, C-1122/00 y C-93/01.

c) *Desconoce el principio de proporcionalidad en sentido estricto.* Como se recordará, según este apotegma el uso o la intensidad de la sanción está limitado de acuerdo a la gravedad del hecho reprimible cometido, y/o de los riesgos objetivos o subjetivos de comisión

de una infracción futura (proporcionalidad en sentido estricto); la exigencia de proporcionalidad, ha dicho en muchas oportunidades la Corte Constitucional, debe determinarse prevaleciéndose de un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido con la conminación penal: “...*el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, las sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos de este modelo estatal– debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible*” [cfr. Sentencia C-355 de diez de mayo 2006, Magistrados Ponentes: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández; véanse también, sentencias T- 422/92, C-165/93, C-591/93, C- 530/93, C-565/93, T-554/93, T-015/94, T-230/94, C-549-94, C- 022 /96, C- 070/96, C-118/96, C-626/96, C- 013/97, C-157/97, C-237-97, C-239/97, C-285/97, C-292/97, C-038/98, C-647-01, C-370/02, C-392/02, C-939/02 y C-205/03].

Eso, justamente, es lo que desconoce de manera franca y manifiesta el artículo 199 pues el legislador –no contento con las elevadas sanciones imperantes que, en muchos casos, en la práctica, ya tocan casi los linderos de la cadena perpetua–, endurece de forma desproporcionada aún más los castigos y le da cabida al terrorismo punitivo, en contravía de lo que quieren el constituyente y el legislador: Constitución Política, artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13, 28 inc. 3º, 29 inc. 2º, 34 y 214; Código Penal, artículos 3, 4, 32 numeral 11, 34 inc. 2º, 36, 38 inc. 1º numeral 2, 39.3, 59, 61 inc. 3º, 73 inc. 3º, 129; Código de Procedimiento Penal, artículos 27, 94, 296 y 319, 324 numerales 1,7, 8, 10-15 y 17.

d) *Desconoce el principio de teleología de las sanciones penales.* A no dudar, el artículo 198 cuestionado repudia la teleología que el ordenamiento constitucional ha diseñado para la sanción penal como ya se mostró [*supra* IV, A, 3]. Ello es evidente cuando, de un lado, asistido del terrorismo punitivo y de la prevención general negativa, sólo se busca el amedrentamiento de la comunidad; así mismo, cuando el legislador erradica completamente la posibilidad

de que el condenado en estos casos se resocialice y lo condena a la desocialización, a la despersonalización, de la mano de las concepciones autoritarias de la prevención especial negativa.

El artículo 199, pues, se adscribe a las posturas que en sus diversas variantes implican una instrumentalización del hombre para los fines del Estado, cosificándolo y perdiéndole el respeto a su dignidad humana; concepciones que al partir de una supuesta “peligrosidad social” del individuo –que es la filosofía inspiradora de la norma, como si el derecho penal colombiano no fuera de acto y culpabilista– no pueden explicar el fundamento de la pena cuando no hay posibilidad de que este reincida. Se trata, pues, de posturas antiliberales y antigarantistas que propenden por un derecho penal máximo nunca por uno mínimo. Desde luego, para precisar los fundamentos constitucionales y legales que desconoce el artículo 199 así como las elaboraciones jurisprudenciales se debe tener en cuenta lo ya expresado [cfr. *supra* IV, A, 3., b)].

e) *Vulnera el principio del acto*. De la mano de lo anterior, el artículo 199 desconoce el principio del acto o del hecho inherente a cualquier concepción demoliberal del derecho penal, dado que considera al delito como una verdadera patología y a las penas como terapia a través de la amputación o la curación.

Se olvida, pues, que el suceso acriminable no está constituido por un acto interno de la psique sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza, referido a un actuar del hombre; que el comportamiento punible, gracias a esta conquista de la especie humana, se traduce en una *exterioridad*, lo cual permite al derecho represivo castigar a los hombres sólo por lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, deseado o propuesto. En fin, el artículo 199 cuestionado no tiene en cuenta que el fenómeno criminal no puede caracterizarse a partir del modo de ser de la persona, sus hábitos, temperamento, pensamiento o afectividad; esto es, que se castiga *por lo que se hace y no por lo que se es*.

Este límite al ejercicio de la potestad punitiva del Estado ha sido examinado por la Corte Constitucional en diversas oportunidades en las cuales ha dicho, con toda claridad y sin tapujos, que el Derecho

penal colombiano es de acto o de hecho no de autor [véanse sentencias C-221/94, C-239/97, C- 425/97, C-320/98, C-674/98, C-843/99, C-205/03]; y no podía ser de otra manera porque este axioma tiene claro asiento en el ordenamiento jurídico penal [Constitución Política, artículo 29 inc. 2°; Código Penal, artículos 6 inc. 1°, 9, 11, 25; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15; Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículo 9; Código Penal Militar, artículo 7].

f) *Transgrede el principio acusatorio*. Habida cuenta de que el legislador de 2004, en armonía con la Carta Política, ha diseñado un esquema procesal de investigación y de juzgamiento en el cual, al lado del *principio procesal de legalidad o de oficiosidad* –que se traduce en la obligación de investigar todos los atentados a la ley penal–, se introducen mecanismos o herramientas que buscan acelerar la actuación procesal o depurar el sistema de tal manera que se impide la entrada al mismo o se excluyen de él diversos atentados punibles [para el caso el principio de oportunidad: artículos 323 y ss. del Código de Procedimiento Penal; y los institutos de las negociaciones y las aceptaciones de cargos: artículos 348 y ss. del Código de Procedimiento Penal], de la mano de consideraciones propias de la Política Criminal, es evidente que cuando los numerales 3 y 7 del artículo 199 impiden la operancia de esos mecanismos, quebrantan el principio acusatorio tal y como lo ha entendido el legislador (Cfr. artículos 29, 250 y 251 de la Constitución; 1 y ss. de la ley 906 de 2004).

Por eso, también el numeral 3° del artículo 199 que impide la aplicación del principio de oportunidad en ciertas hipótesis es inconstitucional y a él debe extenderse el pronunciamiento, así la demanda –pese a que el accionante, en el extenso trabajo académico de su autoría que decidió antitécnicamente transcribir, también lo considera contrario a la Carta pues no entiende ¿cómo es posible “concebir un PROCESO PENAL dentro del marco de un sistema de pensamiento penal con tendencia acusatoria sin principio o criterio de oportunidad...”? (página 18)– no lo cobije.

A ello, súmese, que –como dice el demandante– al crearse mediante el artículo 199 las restricciones allí señaladas se erige un

proceso penal para los delitos en él contemplados que es paralelo al ordinario, pero totalmente restrictivo de la libertad lo que, sin duda, atenta contra el debido proceso acusatorio constitucional; tuyas son las siguientes palabras: “...**estaríamos frente a un nuevo procedimiento, diferente y totalmente restrictivo de la LIBERTAD, desconociendo claramente los principios de los art. (sic) 295 y 296, y los principios de los juicios orales del nuevo Código de Procedimiento Penal**” (páginas 19 y 20. Negritas y subrayas agregadas).

g) *Vulnera el principio de legalidad*, en lo atinente a las prerrogativas de ejecución penal que del mismo se derivan. Si, como ya se mostró, el artículo 199 en todos sus numerales aboga por la desocialización del reo y le niega absolutamente la posibilidad de rehabilitarse, de resocializarse, ello significa que también arrasa con el principio de legalidad en lo atinente a las prerrogativas de ejecución penal que emanan del mismo, en cuya virtud no hay pena ni medida sin régimen legal sin un tratamiento penitenciario, humanitario y asistencial, sin resocialización, esto es, el llamado *PRINCIPIO DE EJECUCIÓN*.

3. El artículo 199 es inexecutable en su totalidad. Así las cosas, si se tienen en cuenta no sólo las plurales consideraciones realizadas por el accionante [cfr. páginas 16 a 36] sino las que anteceden, la conclusión obvia es que todo el texto del artículo 199 es contrario a la Carta Fundamental y así lo debe declarar la Corte.

V. CONCLUSIÓN

Así las cosas, si se analizan con detenimiento las razones anteriores se debe concluir que los apartes de **los artículos 129, 158 y 197** demandados, **son exequibles**, máxime en el primer caso en el cual ya existe un pronunciamiento de constitucionalidad y, por ende, debe estarse a lo resuelto en esa oportunidad.

En relación con **los arts. 150 y 199**, por el contrario, se debe declarar que ellos son **inexequibles**: el primero, en relación con todos y cada de los apartes cuestionados por la demanda; y el segundo, no sólo en los apartes señalados por el accionante sino en su totalidad.

Ambas disposiciones, pues, pugnan con el sistema de principios y de garantías plasmado en la Carta Fundamental que es reproducido por la legislación penal y procesal penal –que, no se olvide, erige un patrón procesal de tendencia acusatoria que debe ser preservado a toda costa– que, por supuesto, no tolera discriminaciones como las allí contenidas con las cuales se arrasa con el programa penal de la Constitución.

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

Atentamente,

FERNANDO VÉLÁSQUEZ VELÁSQUEZ
Director del Departamento de
Derecho Penal

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES

Luis Javier Moreno Ortiz

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

REFERENCIA: Expediente D-7940. Decreto 2591 de 1991, artículo 42, numeral 3 (parcial).

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 13 de noviembre de 2009, 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 Christian Rodríguez Martínez demanda la inconstitucionalidad del Decreto Ley 2591 de 1991, por medio del cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Esta norma regula, en su artículo 42, los casos en los cuales la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de particulares. A su vez, el numeral 3 establece la procedencia de la acción contra particulares que presten servicios públicos domiciliarios. El ataque se centra en la expresión: “domiciliarios”, contenida en el precitado numeral.

El actor señala como violados los artículos 4 y 86 de la Constitución Política. Se argumenta que la expresión domiciliarios es inconstitucional, pues agrega una restricción a la procedencia de la acción de tutela que la Constitución no establece. Para mostrarlo señala el inciso quinto del artículo 86 de la Carta, norma que define a la ley la competencia para establecer los casos en los cuales la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público. Para demostrarlo copia textualmente varios apartes de la Sentencia C-134 de 1994, en la cual la Corte hace interesantes reflexiones sobre la acción de tutela contra particulares. Una de las principales es que la tutela contra particulares es, a juicio de la Corte, una novedad que constituye un notable avance, respecto del cual es un contrasentido, continúa la Corte, que el legislador, “desconociendo el espíritu del Constituyente y uno de los propósitos fundamentales del nuevo ordenamiento constitucional colombiano, pretenda limitar el radio de acción de la tutela, al señalar en forma taxativa aquellos derechos fundamentales, que, a su juicio, puedan ser amparados cuando la conducta nociva provenga de un particular”. Este razonamiento conduce a la Corte, según la cita que hace el actor, a sostener que:

La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público –como de hecho lo autoriza el artículo 365 superior, o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material –con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere la inmediata protección judicial.

EL PROBLEMA JURÍDICO

Si la norma demandada establece una restricción a la procedencia de la acción de tutela contra particulares, que no aparece en la

Constitución, el problema jurídico a resolver sería: ¿Es constitucional que una Ley, o en este caso un Decreto Ley, al regular un mecanismo de protección de derechos fundamentales, establezca mayores restricciones o límites para acceder a ese mecanismo que los señalados por la Constitución? La hipótesis del actor es negativa, valga decir: que no es constitucional, por cuanto la regulación estaría excediendo, al contravenirlo, el claro mandato del artículo 86 de la Constitución. Para resolver el problema es menester considerar dos métodos de verificación o de falsación de las hipótesis, consistentes en analizar la Sentencia C-134 de 1994 y sus implicaciones, y en buscar casos en los cuales la Corte haya estudiado y, de ser posible, concedido, tutelas contra particulares que prestan un servicio público no domiciliario. En el primer caso es relevante el método analítico; en el segundo lo es el método de contraejemplo.

DECISIONES RELEVANTES PREVIAS

Es menester advertir que la Corte Constitucional se ha ocupado en varias ocasiones de estudiar la constitucionalidad del Decreto Ley 2591 de 1991, como se da cuenta en las Sentencias: C-543 de 1992, C-054, C-018, C-155 A y C-531 de 1993, C-134 de 1994, C-243 de 1996, C-092 y C-616 de 1997, C-186 de 1998, C-003 de 1999, C-1716 de 2000. En la mayoría de ellas no se ha pronunciado sobre el artículo 42, salvo en la Sentencia C-134 de 1994, la cual merece ser estudiada con detenimiento, como se hace enseguida.

Por medio de la Sentencia C-134 de 1994 la Corte, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, decidió una demanda de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991. Prima facie se podría pensar que no existe cosa juzgada respecto de la norma demandada en el caso materia de esta opinión, pues el numeral 3 no fue demandado en el proceso decidido en 1994. No obstante, basta una mirada a los dos primeros puntos del decisorio de la Sentencia, para cambiar de pensamiento. Los puntos en comento dicen:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 1o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “*para proteger los*

derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución”, que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 2o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “*para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía*”, que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

Así las cosas, se tiene que, a pesar de no haberse demandado el numeral 3 del mencionado artículo 42, la Corte, en una afirmación contenida en el *decisum* de la Sentencia C-134 de 1994, sostiene, y, pido disculpas por la reiteración, que: “Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental”. Esta declaración, que tiene efecto vinculante para todos, pone en entredicho la restricción establecida en el numeral 3, que es abiertamente contradictoria con lo sostenido por la Corte. No es la primera vez que algo así ocurre, pues la misma Corte, en su Sentencia C- 543 de 1992, declaró inexecutable una norma que no había sido demandada, en ese caso el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, y adujo para hacerlo el principio de unidad normativa. En este caso podría hacerse otro tanto, pues si bien no existe una declaración particular para el numeral 3, la decisión explícita de la sentencia en estudio, lo cubre de manera indudable.

Por lo anterior, es necesario reconocer la existencia de cosa juzgada sobre la constitucionalidad de la norma demandada y, por tanto, la Corte Constitucional debería, en aplicación del principio del *stare decisis et quia non movere*, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-134 de 1994. Además, la *ratio decidendi* de esta sentencia, que es el principio de supremacía material del particular que presta un servicio público, como se indicó en el aparte relativo a la demanda y sus razones, es un claro precedente para resolver el presente caso.

ANÁLISIS DE OTRA JURISPRUDENCIA RELEVANTE

Considero que lo dicho sobre la existencia de cosa juzgada y de precedente vinculante en este caso es suficiente para llegar a una conclusión. No obstante, y abundando en razones, se procede a aplicar el método de contraejemplo, según se propuso en la agenda a seguir.

Una revisión preliminar de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre casos de acciones de tutela contra particulares, es suficiente para encontrar varios contraejemplos que invalidan, de manera definitiva, la hipótesis de que la norma demandada es exequible y, a contrario sensu, validan o confirman la hipótesis de su inexecutableidad.

Sea lo primero fijar el alcance de la regla demandada, valga decir: establecer cuáles son los servicios públicos domiciliarios y, por exclusión, cuáles son los servicios públicos no domiciliarios, a fin de determinar una muestra representativa y relevante de casos.

Los servicios públicos domiciliarios están definidos legalmente por el artículo 1 de la Ley 142 de 1994, que define el ámbito de aplicación de esta ley, cuyo texto es el siguiente:

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley.

Este artículo fue modificado por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, relativa a los principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC-, que dispone:

A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el

sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4o sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público.

Siendo los anteriores servicios públicos domiciliarios, aunque el punto no sea tan claro respecto de la telefonía pública, al tenor de la nueva ley, para lograr la verificación por contraejemplo, basta encontrar uno o varios casos en los cuales la Corte Constitucional haya estudiado y, de ser posible, concedido, acciones de tutela en contra de particulares que presten servicios públicos diferentes de los anteriores.

La investigación jurisprudencial realizada ha permitido obtener cinco interesantes casos ejemplares, que cumplen con los presupuestos señalados para los contraejemplos. Son ellos los decididos en las Sentencias SU-157 de 1999 y T-520 de 2003, en las que se califica como servicio público la actividad de los bancos; en la Sentencia T-162 de 1994, en la que se califica como servicio público la administración de cementerios; y en las Sentencias T-507 y T-604, en las que se califica como servicio público el transporte.

En la Sentencia SU-157 de 1999, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte decidió en varias tutelas acumuladas, en las cuales el problema jurídico a resolver era la no prestación del servicio bancario a las personas señaladas en una lista elaborada por el Gobierno de los Estados Unidos de América, conocida coloquialmente como “Lista Clinton”. Los banqueros colombianos se abstendían de prestar el servicio, pues el Gobierno de los Estados Unidos de América los amenazaba con incluirlos en la misma lista si lo hacían. La Corte Constitucional concede la tutela a algunos interesados y advierte a los banqueros nacionales que la orden ejecutiva impartida por el Gobierno de los Estados Unidos de

América no tiene efectos vinculantes en el Estado Colombiano, de lo que se sigue que ella no es norma que deba aplicarse coercitivamente en Colombia. Para llegar a esa decisión, la Corte aplica, de manera explícita, el principio de la supremacía material del particular que presta servicios públicos, como puede apreciarse enseguida:

La Corte Constitucional ha dejado en claro que si un particular asume la prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere la inmediata protección judicial.

Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. En consecuencia, la acción de tutela en contra de quienes prestan un servicio público es formalmente procedente, por lo que la Corte Constitucional entra a conocer de fondo el asunto sub iudice.

En la Sentencia T-520 de 2003, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, la Corte decidió una tutela contra dos juzgados civiles, la Superintendencia Bancaria, el Fondo de garantías de instituciones financieras y dos bancos. El problema jurídico a resolver era si los bancos pueden exigir, de manera inflexible, el cumplimiento de sus obligaciones financieras a una persona secuestrada, durante su secuestro e inmediatamente después del mismo. La Corte Constitucional considera que no, por lo que concede la tutela, suspende los procesos ejecutivos, ordena la novación de los contratos según unas pautas que ella misma fija y da otras órdenes. Para llegar a esta decisión, la Corte debe refutar la opinión de los jueces constitucionales de las instancias, que son el Tribunal Superior de Bogotá y la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que los bancos no prestan un servicio público. Este cometido lo realiza a partir de un prolijo estudio de la teoría del servicio público a la luz de

la Constitución, el cual le sirve de base para construir una completa trayectoria jurisprudencial sobre el tema, que, dada su pertinencia, bien merece la pena transcribirla, como se hace enseguida:

En el presente caso interesa establecer si la actividad bancaria es un servicio público. Sin duda, esta actividad cumple una función de vital importancia dentro de un Estado, pues es la forma de canalizar la mayor parte del flujo de capitales en el sector real de la economía. Sólo garantizando el adecuado flujo de capitales en este sector se puede asegurar que las personas tengan acceso al conjunto de bienes y servicios necesarios para vivir y desarrollar sus actividades. En esa medida, la Constitución establece que la actividad financiera es de interés público y que el gobierno podrá intervenir en ella, conforme a la ley. Su tenor literal es el siguiente:

“Artículo 355. Las actividades financiera ... y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”

A su vez, el artículo 150, numeral 19, literal d), y el artículo 189 numerales 24 y 25, configuran el esquema de intervención del Estado en la actividad financiera conforme al modelo general de intervención en los servicios públicos, consagrado en el artículo 365 de la Carta. De acuerdo con este esquema, le corresponde al Congreso la regulación general, mientras al Presidente se le atribuyen las facultades de inspección, vigilancia y control; así como la intervención, sobre dicha actividad y sobre las personas que la ejercen. De tal modo, el artículo 150 de la Carta dispone que corresponde al Congreso “[d]ictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para ... [r]egular las actividades financiera ... y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público”; mientras el artículo 189 establece que “[c]orresponde al Presidente de la República ... [e]jercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera ... y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público” y “ejercer la intervención en

las actividades financieras ... y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley”.

Con todo, la consagración de la actividad financiera como de interés público, y el que su diseño constitucional de regulación corresponda con el modelo general de los servicios públicos consagrado en el artículo 365 de la Carta pueden ser insuficientes para considerarla un servicio público. Aun así, la clasificación de la actividad financiera como un servicio público se encuentra bastante arraigada en el ámbito colombiano. Nuestro ordenamiento jurídico positivo clasificó la actividad financiera como un servicio público desde 1959 a partir de un criterio funcional, con independencia del carácter público o privado del órgano que la llevara a cabo. En efecto, el artículo 1° del Decreto 1593 de ese año, estableció: *“Decláranse de servicio público las actividades de la industria bancaria, ya sean realizadas por el Estado, directa o indirectamente o por los particulares”.*

Así, a pesar de que este artículo se encuentra actualmente derogado por el artículo 3° de la Ley 48 de 1968, su pérdida de vigencia no incide sobre el carácter de servicio público de la actividad financiera. De hecho, la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema ha reconocido la calidad de servicio público que tiene la actividad financiera, sin importar el carácter público o privado del órgano que la lleve a cabo, aun después de la pérdida de vigencia del artículo 1° del mencionado Decreto.

Ha dicho la Corte Suprema al respecto:

“La actividad bancaria, tanto la oficial como la privada, es una actividad de servicio público. A falta de una definición legal, ha dicho la Corte, se debe estar a la doctrina, a la jurisprudencia y a los preceptos del derecho positivo relacionados con la materia. Para la doctrina y la jurisprudencia, servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas. Noción de igual contenido trae el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo” C. S. J. Sala Plena, Sentencia de 6/VI/72.

Así mismo, en un pronunciamiento aun más reciente, que ha sido reiterado en múltiples oportunidades, dicha Corte sostuvo:

“También se catalogaron como actividades de servicio público la de la industria bancaria; la de la banca central, adjetivada adicionalmente de esencial; la de los servicios públicos domiciliarios, y la de seguridad social en salud y en pensiones en cuanto estén vinculadas con el reconocimiento y su pago, también señaladas como esenciales.” C.S.J. Cas. Lab. Sentencia de 15/VII/97 (M.P. Fernando Vásquez Botero).

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación se ha manifestado sistemáticamente en este mismo sentido. En la Sentencia T-443/92 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte se pronunció sobre un caso en que el Ministerio de Trabajo había expedido unas resoluciones que impedían el ejercicio de huelga en las entidades bancarias, con fundamento en la facultad provisional de la administración para hacerlo, hasta tanto existiera una definición legal en torno al carácter esencial del servicio público de banca. Un juez había ordenado suspender provisionalmente dichas resoluciones; sin embargo, la Corte sostuvo que la actividad bancaria constituye un servicio público, no sólo porque cuenta con los atributos propios de dicha actividad, sino también porque así ha sido clasificada por el derecho positivo, y porque este carácter ha sido reconocido sistemáticamente por la jurisprudencia. Por tales motivos, con fundamento en el carácter de servicio público de la actividad financiera, ordenó levantar la suspensión de las resoluciones expedidas por el Ministerio de Trabajo.

Así mismo, en la Sentencia de unificación SU-157/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte se refirió al carácter de servicio público de la actividad bancaria, y con fundamento en dicha consideración aceptó la procedencia formal de la acción de tutela contra diversas entidades bancarias. Al respecto sostuvo:

“Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. En consecuencia, la acción

de tutela en contra de quienes prestan un servicio público es formalmente procedente, por lo que la Corte Constitucional entra a conocer de fondo el asunto sub iudice.” (F.J. No. 5).

En la Sentencia T-162 de 1994, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte decide un tema con ribetes escatológicos, vinculado al derecho a la inhumación y exhumación de cadáveres y su dimensión simbólica. La esposa del difunto y un hijo extramatrimonial se disputan el cadáver, en una macabra trashumancia por varios cementerios. El problema jurídico a resolver era quién tiene derecho a exhumar y a inhumar un cadáver. La Corte Constitucional considera que ambos derechos le corresponden a la esposa del difunto. Para lo que aquí interesa, que es la procedencia de la acción de tutela contra particulares que prestan un servicio público, la Corte considera que en la administración de los cementerios, la iglesia cumple una función religiosa que se confunde con un servicio de carácter público, valga decir: que esa actividad puede considerarse como servicio público, en razón del cual procede la acción de tutela. Son sus palabras:

La tutela contra particulares está consagrada en el inciso quinto del artículo 86 de la Carta y extrae su fundamento sociopolítico del desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado que caracteriza a la sociedad contemporánea. El fenómeno relativamente reciente de la oponibilidad de tales derechos frente al Estado, no desconoce ni modifica el contenido de los mismos, encaminado a proteger a la persona de los abusos provenientes de cualquier poder. En palabras de Pietro Sachis “es el adjetivo de fundamental y no el sustantivo de derecho lo que añade la posibilidad de defensa frente al Estado”.

Los fieles adhieren libremente a su iglesia. Sin embargo, las exigencias del culto ponen al particular en una relación de obediencia y subordinación que entraña restricciones importantes a la autonomía individual en eventos esenciales de la vida humana. Con la celebración del culto funerario y la administración de los cementerios, la iglesia católica cumple una función religiosa que se confunde con un servicio de carácter público. En esta intersección entre lo público y lo privado, adquiere relevancia el tema constitucional.

En efecto, el numeral 8 del artículo 42 del decreto 2591 establece la procedencia de la tutela en aquellos casos en los cuales el particular cumpla funciones de carácter público. Tal como se explicó más arriba, el derecho que asiste a los deudos sobre el cadáver sólo puede ser comprendido cabalmente a la luz de las normas caracterizadas como de orden público. A fortiori, la normatividad sobre administración de cementerios católicos sobrepasa la mera connotación religiosa y se convierte en un servicio de carácter público. Lo religioso se sobrepone a lo público sin opacarlo.

En la Sentencia T-604 de 1992, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte decide el caso de una comunidad que se queja de que por su barrio, en la ciudad de Bucaramanga, no pasan los buses del transporte urbano, lo que tiene a sus miembros incomunicados o supeditados a hacer ejercicio forzoso para poder llegar a sus destinos. El problema jurídico a resolver era si las personas que habitan en un barrio dentro de una ciudad tienen o no derecho a acceder al servicio de transporte. La Corte Constitucional considera que sí tienen ese derecho y así lo declara en su sentencia, al conceder la tutela y ordenar a la empresa de transporte involucrada cumplir de manera regular y continua con la prestación del servicio. Para llegar a esa decisión, la Corte asume que el transporte es un servicio público y, por tanto, que en este caso la acción de tutela es procedente. Al respecto dice:

3. El transporte es una actividad comercial que tradicionalmente ha sido considerada un servicio público en atención a su trascendencia para el desarrollo económico y social de la comunidad (CP arts. 78, 334 y 365 a 370).

En relación con la noción de los servicios públicos, esta Sala ya se había pronunciado con anterioridad en los siguientes términos:

“Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros.

“La idea de servicio público es el medio para avanzar rápidamente al Estado social y democrático de derecho, en forma pacífica y sin traumas para los grupos de interés que detentan posiciones de ventaja respecto de los sectores mayoritarios de la sociedad con necesidades insatisfechas.

“Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (CP arts. 1 y 2). A través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) de toda la población”.

La prestación del servicio público de transporte es regulada por ley (CP art. 150-23), pero la Constitución reserva a las Asambleas Departamentales la posibilidad de expedir normas sobre la materia (CP art. 300).

En la Sentencia T-507 de 1993, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte decide el caso de una persona que remite unos documentos por una empresa de mensajería y, ante la circunstancia de que ellos nunca llegan a su destino, pregunta, primero de manera verbal y, más tarde, por escrito, en ejercicio del derecho de petición, a la empresa sobre estos hechos, sin obtener respuesta alguna. El problema jurídico a resolver es si la acción de tutela es procedente para exigir la respuesta de peticiones dirigidas a particulares. La Corte Constitucional considera que sí lo es y, en consecuencia, revoca el fallo de instancia, concede la tutela y ordena a la empresa dar respuesta a la petición en un breve término. Para llegar a esta conclusión, la Corte argumenta:

Los servicios públicos no están todos organizados de la misma manera. Se pueden distinguir tres grandes categorías de sistemas administrativos según que el servicio esté atendido por un órgano público o esté confiado a un particular, por concesión o independientemente.

1. El servicio puede estar atendido por un organismo público: la gestión de la administración central y la descentralizada.
2. Los servicios no son necesariamente administrados por órganos públicos: pueden estar dirigidos por particulares que atienden su explotación bajo la dirección y el control de la administración, pero por medio de personal, bienes y finanzas privadas.
3. Cuando el servicio público es prestado por un particular no mediante concesión sino en desarrollo de la libertad de empresa, consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política, pero sujeto a la vigilancia y control del Estado.

El servicio público de interés general prestado por un particular -como en el caso de servicio de correos-, hace que éste adquiera el carácter de autoridad, pues existe un ejercicio del poder público y la característica fundamental del servicio público, como se mencionó anteriormente, es que tiene un régimen especial en atención al servicio (CP art. 365).

En los tres casos a que se refiere el artículo 365 de la Constitución -directo, indirecto o por un particular-, hay un ejercicio del poder público, por lo que frente a la vulneración de un derecho fundamental, el destinatario de la acción de tutela es la autoridad pública que surge de la actividad del particular en la prestación de un servicio público.

Esta ampliación del sujeto que presta el servicio público y por ende adquiere el estatus de autoridad pública, contribuye, como sostuvo la Corte Constitucional “a que a través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva”.

Este tránsito se ha derivado de la extensión de la democracia política, del paso de la publicación del agente a la publicación del resultado

de la actividad administrativa, siendo meramente instrumental la naturaleza de la organización encargada de su tutela. Lo público, hoy día, estriba en la obtención de determinados resultados sociales mediante la intervención, aunque sea parcial, de un aparato público. Ello hace que el énfasis del derecho público deba trasladarse a la creación de ordenamientos sectoriales que aseguran la definición democrática del resultado querido (el interés social) y la tutela del mismo.

CONCLUSIÓN

Con fundamento en las anteriores razones, mi opinión es que la expresión demandada del numeral 3 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 es inexecutable. La Corte Constitucional puede, acogiendo el argumento de que existe cosa juzgada constitucional, ordenar estarse a lo resuelto en la Sentencia C-134 de 1994, o bien, sobre la base del texto del artículo 86 de la Carta y con fundamento en su propia jurisprudencia, que apenas se alcanza a pergeñar en esta opinión al realizar la demostración por contraejemplo, declarar la correspondiente inexecutableidad.

En los anteriores términos dejo rendida la opinión solicitada.

Con mis sentimientos de consideración,

LUIS JAVIER MORENO ORTIZ
Profesor

