

**La Teoría De La Sustitución Constitucional,
El Caso Del Acto Legislativo 006 De 2011**

Luis Eliecer Benavides. ✉ clemabena@hotmail.com

Gabriel Andrés Henríquez ✉ andres060910@hotmail.com

Artículo de reflexión presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal Penal
y Criminalística

Asesor: Paola Andrea Bejarano Ortiz (Abogada) ✉ macriosa@hotmail.com



UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
COLOMBIA

Universidad De San Buenaventura, Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Especialización En Derecho Procesal Penal Y Criminalística

Santiago De Cali

2017

Contenido

Resumen.....	1
Introducción	3
Capítulo 1.....	6
Teoría de los límites competenciales al poder de reforma de la constitución, la visión de la corte constitucional de Colombia	6
1.1 El concepto de sustitución de la constitución	8
1.1.1. Sustitución total.....	9
1.1.2. Sustitución parcial	9
1.2 El método en el juicio de sustitución	11
Capítulo 2.....	15
El juicio de sustitución de la constitución aplicado al artículo 2 del acto legislativo 06 de 2011.....	15
2.1 La reforma introducida a través del acto legislativo 06 de 2011	15
2.2. La premisa mayor del juicio de sustitución.....	16
2.2.1. El sistema constitucionalizado de persecución penal.....	17
2.2.3. Principio de igualdad y sistema de persecución penal constitucionalizado.....	30
2.3. El artículo segundo del acto legislativo 006 de 2011 y su contraste con los elementos establecidos en la premisa mayor	34
Conclusiones.....	43
Lista de referencias	44

Resumen

Este artículo parte de la teoría de los límites implícitos al poder de reforma de la Constitución, para luego abordar su uso por la Corte Constitucional, a través de la denominada teoría de los límites competenciales al poder de reforma, logrando establecer el concepto de sustitución de la Constitución y la falta de competencia del poder de reforma para la sustitución total o parcial de la Constitución Política de Colombia de 1991. Luego de precisar los elementos que soportan la teoría, se procede a su aplicación con relación al artículo segundo del Acto Legislativo 06 (2011), por medio del cual se autoriza al legislador para que, en el proceso penal acusatorio, y partiendo de la naturaleza del bien jurídico y de la menor lesividad de la conducta punible, asigne el ejercicio de la acción penal, a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. Con esto, se afirma, se sustituyen elementos definitorios y del Estado colombiano, como el de la separación de poderes, por cuanto una función que era competencia exclusiva de los Fiscalía General de la Nación va a quedar ahora en manos de autoridades administrativas como alcaldes, inspectores de policía, superintendentes y comisarios de familia, entre otros.

Summary

This article is based on the theory of implicit limits on the power of reform of the Constitution, then addressing use by the Constitutional Court, through the so-called theory of jurisdictional limits on the power of reform, achieving establish the concept of replacement the constitution and the lack of competition in the power of reform for the total or partial replacement of the Constitution of Colombia of 1991. After specifying the elements that support the theory, we

proceed to its application in relation to the second article of Legislative Act 06, 2011, by which authorizes the legislature to that in the adversarial criminal process, and based on the nature of legally and less harmfulness of the criminal offense, assign the exercise of criminal action, other than the victim or the Attorney General's Office authorities. With this, it is claimed, defining and the Colombian state elements, such as the separation of powers, are replaced because a function that was exclusive jurisdiction of the Attorney General's Office will now be left to administrative authorities as mayors, police inspectors, superintendents and commissioners family, among others

Palabras clave:

Constitución, sustitución de la Constitución, sistema constitucionalizado de persecución penal, acción penal.

Keywords:

Constitution, replacement, system constitutionalized criminal prosecution, prosecution, essential and defining element.

Introducción

En Colombia, la Constitución Política de 1991 estableció pilares fundamentales como la cláusula del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales. De la misma manera, se instituyó una estructura estatal acorde con el principio de separación de poderes. Igualmente, dentro de este esquema constitucional y partiendo de la base que las disposiciones constitucionales también se ven afectadas por las realidades sociales y por ende, requieren de adecuaciones que hagan viable su aplicación a la materialidad social, el legislador fue investido del poder reformativo constitucional, dándosele la posición de constituyente derivado o poder constituyente constituido.

Sin embargo, pese a que no existen cláusulas pétreas en la Constitución Política de 1991 que constituyan límite explícito al poder de reforma constitucional, es decir, que le impidan la reforma o la transformación de cualquier precepto constitucional, la Corte Constitucional de Colombia desde el año 2003 acogió en su jurisprudencia una teoría que pregona la existencia de límites implícitos.

En el año 2011, el Congreso de la República, expidió el Acto Legislativo 06, que en su artículo segundo autoriza al legislador para que, teniendo como criterio la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, asigne el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. Esto incluye la posibilidad que el ejercicio de la acción penal, sea asignado a autoridades administrativas con dependencia directa del poder ejecutivo.

A partir de esta situación fáctica se inicia este artículo del cual es importante precisar que se aborda el análisis a través de una investigación básica porque, de acuerdo con el problema

planteado, lo que se busca es el estudio del fenómeno jurídico que se evidencia en el Acto Legislativo 006 (2011), se trata de un estudio jurídico-descriptivo, en tanto se analiza el contenido de una reforma constitucional a la luz de unos postulados teóricos relativos a los límites competenciales al poder de reforma y a la naturaleza de la persecución penal, y se hace uso del método deductivo, que como lo explican Dávila (2006, p. 184.), un modelo de este tipo, tiene tres componentes: (a) una premisa mayor, la tesis de los límites competenciales al poder de reforma de la Constitución Política (1991), (b) una premisa menor, el Acto Legislativo 006 (2011), por el cual se habilita a las administrativas para que sean titulares del principio de persecución penal y (c) una conclusión, que es la sustitución o vicio competencial en el que incurre el Acto Legislativo 006 (2001), en tanto que con éste se desconoce el principio de separación de funciones.

Como estrategia de investigación, se adoptó la investigación cualitativa que se centra en la narración y comprensión de los límites materiales o competenciales al poder de reforma y el alcance de del principio de persecución penal.

Este trabajo, pretende abrir la discusión frente al acto legislativo citado, teniendo en cuenta la teoría de los límites competenciales o implícitos al poder de reforma y establecer sí el acto legislativo citado, puede ser considerada una sustitución de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Así, se proyecta responder el siguiente cuestionamiento:

¿Es una sustitución de la Constitución Política de Colombia de 1991, la modificación introducida mediante el Artículo 2 del Acto Legislativo 006 de 2011?

Para responder este cuestionamiento, se hará necesario describir la teoría de los límites competenciales al poder de reforma acogida por la Corte Constitucional de Colombia,

identificando la metodología utilizada para determinar la existencia de una sustitución constitucional y, por último, aplicarla respecto al Artículo 2 del Acto Legislativo 006 de 2011.

Capítulo 1

Teoría de los límites competenciales al poder de reforma de la constitución, la visión de la corte constitucional de Colombia

Desde el año 2003 la Corte Constitucional colombiana (Sentencia C-551, 2003) ha adoptado esta posición teórica pregonando la existencia de límites implícitos al poder de revisión constitucional en la Constitución Política de Colombia de 1991.

Bajo esta concepción, sostiene la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-551, 2003) que, al realizar reformas, el poder constituido de revisión constitucional debe mantener la esencia y los pilares fundamentales de la obra del constituyente. Al cambiarlos por unos contrarios u opuestos, de forma que se evidencie que ya no se encuentran estos elementos esenciales que definen la identidad constitucional, estaría no reformando o modificando la Constitución, sino reemplazándola o sustituyéndola por una nueva, para lo cual es incompetente, ya que esta competencia es única y exclusiva del poder constituyente (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551, 2003).

Dentro de la Constitución Política de Colombia de 1991, existen límites formales o procedimentales para el ejercicio del poder de reforma constitucional, pues esta Constitución estableció procedimientos que deben suplirse para el trámite y consolidación de una reforma constitucional y que dentro del esquema constitucional colombiano se puede determinar, son más rigurosos que los establecidos para la producción de las leyes. Sin embargo, dentro del texto constitucional no se evidencia cláusula de intangibilidad o cláusula pétrea alguna que impida la reforma de algún precepto constitucional.

Al observar lo anterior, se podría indicar que la Corte Constitucional de Colombia no posee competencia para revisar el contenido de los actos de reforma constitucional, pues solo está facultada para revisar vicios en el procedimiento de producción, de conformidad con el numeral 1° del artículo 241 de la Constitución Política. Sin embargo, dentro de su teoría, la Corte Constitucional plantea la posibilidad de revisión del contenido, en los casos de posible sustitución constitucional.

Teniendo como sustento éstas apreciaciones, la Corte Constitucional advierte que está facultada por la Constitución Política de 1991, para revisar como presupuesto del procedimiento si la modificación ingresada en el texto constitucional por el poder de reforma o poder constituyente derivado es una reforma o una sustitución de la Constitución, ya que el artículo 241 le otorga competencia para realizar la revisión de los actos reformativos de la Constitución “(...) solo por vicios de procedimiento en su formación”. En estos términos, como la competencia es un presupuesto lógico del procedimiento, la falta de competencia constituye un vicio en la formación del acto, concluyendo la Corte Constitucional que ella puede examinar si el órgano reformador de la Constitución actuó bajo su limitada competencia de mera reforma de la Constitución (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551, 2003).

Asimismo, el control jurisdiccional sobre los actos de reforma constitucional, en casos de acusaciones de sustitución de la Constitución tendría dos connotaciones, pues en este caso, un vicio de fondo podría constituir un vicio de procedimiento, esta situación la explica la Corte de la siguiente manera:

“(...) Ahora bien, un vicio de competencia se proyecta tanto sobre el contenido material de la disposición controlada, como sobre el trámite, pues es un pilar básico de ambos, ya que para que un acto jurídico expedido por una autoridad pública sea regular y válido es necesario

que la autoridad realice el trámite señalado por el ordenamiento, pero que además esté facultada para dictar ciertos contenidos normativos” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551, 2003).

Dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, fundamentación aquí señalada, parece mantenerse intacta dentro de la Teoría de los límites competenciales al poder de reforma adoptada por dicha Corte bajo tres parámetros: i) la distinción entre poder constituyente primario y poder de reforma de la Constitución o poder constituyente derivado, ii) la competencia limitada del poder de reforma a la Constitución iii) y la competencia de la Corte para ejercer control sobre el contenido de los actos de reforma constitucional, con relación a la competencia limitada del poder de reforma o poder constituyente derivado, teniendo en cuenta que la competencia es un presupuesto del procedimiento.

1.1 El concepto de sustitución de la constitución

De lo expuesto por la Corte Constitucional en su jurisprudencia (Sentencia C-1220, 2003), puede determinarse que la sustitución de la Constitución ocurre, cuando la reforma constitucional transforma la identidad de la Constitución en sus aspectos más esenciales, vista la Constitución en su conjunto; por lo tanto consiste en un reemplazo “no en términos formales, sino materiales”. De manera que al reemplazarse la esencia de la Constitución por vía de reforma, se destruye la obra del constituyente y se establece una nueva Constitución, ya que se cambian sus rasgos esenciales. Por ejemplo sí mediante el procedimiento de reforma se cambiaran los principios políticos democráticos de la Constitución, por unos principios afines con la monarquía parlamentaria- (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1220, 2003)

En este punto, la Corte Constitucional ya de manera explícita, asocia el concepto de sustitución con la transformación de una forma de organización política en otra opuesta; y considera, como ya se dijo en apartes anteriores, que la única autoridad que podría realizar tal transformación es el poder constituyente primario.

Dentro de la estructuración del concepto de sustitución de la Constitución, se determina una clasificación, al diferenciar el concepto de sustitución total, del concepto de sustitución parcial, tal y como se muestra a continuación:

1.1.1. Sustitución total

Teniendo en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional de Colombia, puede entenderse como sustitución total el cambio del texto constitucional en su integridad por uno nuevo, tal y como ocurrió en el proceso constituyente colombiano de 1991, pues se sustituyó en su integridad el texto constitucional colombiano de 1886, entrando a regir una nueva organización política y en cierto sentido, configurándose una transformación de un Estado de derecho a un Estado social de derecho.

1.1.2. Sustitución parcial

Ahora, a diferencia del concepto de sustitución total, la sustitución parcial, como su nombre lo indica, se caracteriza porque se conserva en gran parte el texto constitucional, pero se modifica un aparte, una norma o un elemento constitucional, siendo esta modificación de unas implicaciones tan relevantes en la organización política, que signifiquen una transformación de ésta o sus elementos esenciales, por unos opuestos, que desdibujen la esencia de la Constitución,

convirtiéndola en una diferente a la establecida por el constituyente primario. Dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha planteado la existencia de sustituciones parciales permanentes y parciales temporales:

Sin duda alguna, el término más importante dentro de la definición de sustitución de la Constitución y específicamente de sustitución parcial, es el denominado por la Corte Constitucional como elemento esencial y definitorio de la Constitución, y que hace referencia a aquellos elementos que definen la identidad de la Constitución Política de 1991.

Este concepto de elemento esencial y definitorio también es mencionado por el profesor Pedro de Vega, en su muy conocida obra “La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente”, cuando refiere De la Vega (1985, p. 287): (...) Admitido, como principio general, que los elementos esenciales que definen la fórmula política de una Constitución no pueden ser objeto de reforma constitucional, porque su modificación supondría el establecimiento de un nuevo régimen político y la creación de un ordenamiento constitucional diferente.

Se advierte de lo explicitado, que la Corte Constitucional de Colombia, ha adoptado posiciones teóricas como la expuesta por el profesor de la Vega (1985, p. 267) y acogido también algunos elementos expuestos por Schmitt (2003, p. 115) y Loewenstein (1979, p. 192), autores que incluso fueron citados por ella misma en algunas de sus sentencias. En el caso de Pedro de Vega, lo referente a que una Constitución no puede ser objeto de reforma constitucional si ello implica alterar sus elementos esenciales, porque su modificación supondría el establecimiento de un nuevo régimen político y la creación de un ordenamiento constitucional diferente. En el caso de Schmitt, en lo relativo a que únicamente el Constituyente puede alterar las bases fundamentales de la Constitución. Finalmente, en el caso de Loewenstein (1979, 188), en el sentido de que en toda Constitución existen límites expresos o explícitos al poder de

ii. Mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada.

iii. Verificar si ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreducible a un artículo de la Constitución, -para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material-.

iv. Verificar si la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. (Loewenstein, 1979)

Al analizar los pasos, puede decirse que el paso ii) y el iv) están directamente relacionados, por no decir que cumplirían la misma función, que no es otra, que examinar que sean diferentes normas constitucionales las que contengan el elemento esencial y definitorio, y que el elemento, no se encuentre contenido única y exclusivamente en un artículo del texto constitucional.

También, se evidencia la interrelación de los pasos, ya que en el paso iii), se requiere la evaluación sistemática e integral de la Constitución, con el fin de demostrar por qué el elemento identificado es esencial y definitorio de la Constitución, lo que inexorablemente requeriría previamente, identificar los múltiples referentes normativos que lo contienen y examinar la Constitución en su conjunto, pues tal y como dice la Corte, según la Corte Constitucional en la sentencia C-141 (2010): la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad.

Etapa 2, Premisa menor: para la estructuración de esta premisa menor, se analiza como vi) paso, sí el elemento introducido a través de la reforma, reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y no simplemente modifica, afecta, vulnera o contraría. Se considera, que el paso vi) es el único a seguir para la estructuración de esta etapa, tal y como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia C-141 (2010).

Según la Corte Constitucional (2004) y como se dijo en apartes anteriores, en la premisa menor se debe examinar “(...) el acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución.”

Etapa 3, Conclusión, la Corte Constitucional (2005) afirma que en esta etapa, se busca concluir mediante el paso“(...) (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior”, de resultar entonces el nuevo elemento esencial y definitorio opuesto e incompatible, con los elementos esenciales que definen la identidad constitucional, se estaría frente a una sustitución de la Constitución Política de Colombia, en caso contrario, se estaría frente a una reforma legítimamente realizada bajo los postulados y las competencias del poder de revisión de la Constitución.

La metodología aquí ilustrada y que fuera consolidada desde la sentencia C-1040 de 2005, no ha tenido variaciones considerables, pues en la sentencia C-577 de 2014, en la que se examinaron los cargos esgrimidos en contra el acto reformativo denominado “Marco jurídico para la Paz”, se hace alusión a la metodología, en los mismos términos expuestos en la sentencia C-1040 de 2005.

Considerando la metodología expuesta, sí se quisiera entonces estudiar un caso específico de una reforma Constitucional (2013), con miras a establecer, sí se trata de una sustitución de la

Constitución o no, sería necesario aplicar el silogismo expuesto. Esto, porque la Corte Constitucional ha venido siendo en verdad rigurosa, al exigir al demandante dentro de una acción pública de inconstitucionalidad por acusaciones de sustitución constitucional, una carga argumentativa, que sólo podría suplirse luego de intentar realizar el juicio de sustitución; de no suplirse esa carga argumentativa, la Corte Constitucional considera no tener elementos para decidir, como lo ha hecho en múltiples fallos inhibitorios.

Capítulo 2

El juicio de sustitución de la constitución aplicado al artículo 2 del acto legislativo 06 de 2011.

El objetivo principal de este trabajo, consiste en realizar un estudio de la reforma introducida por el artículo 2 del acto legislativo 06 de 2011, con el fin de determinar, si la misma constituye una sustitución constitucional, por lo que se hace necesario aplicar la metodología referida.

2.1 La reforma introducida a través del acto legislativo 06 de 2011

Uno de los pasos esenciales del juicio de sustitución de la Constitución, es la de establecer que elementos introdujo la reforma contenida en el artículo 2 del acto legislativo 06 de 2011, el cual introduce una modificación a la Constitución Política de 1991 de la siguiente manera:

Artículo 2o. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo 2o del siguiente tenor: Párrafo 2o. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente. (Congreso de la República, 2011)

Al observar el contenido del acto legislativo constitucional, se puede llegar a la conclusión, que se introducen tres elementos que modifican el esquema básico de persecución penal originalmente introducido por el constituyente primario, esos nuevos elementos son los siguientes:

Se faculta al legislador para regular la asignación del ejercicio de la acción penal, bajo dos criterios i) la naturaleza del bien jurídico y ii) la menor lesividad de la conducta punible.

1. La acción de persecución penal, puede ser entregada a la víctima u otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación, el término autoridades incluye autoridades administrativas.

2. Se establece preferencia de parte de la Fiscalía General de la Nación, para el ejercicio de la acción penal.

2.2. La premisa mayor del juicio de sustitución

Según la metodología utilizada por la Corte Constitucional para estructurar la premisa mayor, se debe enunciar con suma claridad, cuál es el elemento esencial y definitorio de la Constitución presuntamente reemplazado por la reforma constitucional, estableciendo sus especificidades en la Constitución Política de 1991. Dentro del presente trabajo, se considera que la reforma introducida por el artículo 2 del acto legislativo 006 de 2011, corresponde a una modificación del sistema de constitucionalización de persecución penal judicial, por lo cual, se hace necesario determinar, sí dicho sistema, puede ser considerado un elemento esencial o definitorio de la Constitución.

2.2.1. El sistema constitucionalizado de persecución penal.

Para hacer referencia al sistema de persecución penal, es necesario delimitar sus aspectos esenciales y hacer claridad sobre el significado que tiene dentro de los elementos del ius puniendi. Autores como el profesor Fernández (2004, p. 53) definen el ius puniendi como “la potestad que tiene el Estado para dictar las leyes del derecho penal, imponerlas judicialmente y ejecutar las sentencias correspondientes”. Ello implica, que el Estado tiene la potestad, no sólo de dictar leyes que fijen aquellas conductas que son consideradas como delictivas y sancionables con pena de prisión, por afectar de manera considerable bienes jurídicos importantes para la vida en sociedad, sino que también, tiene la potestad de imponerlas judicialmente, es decir, que a través de un procedimiento previamente establecido, puede determinar quién es el responsable de la conducta penalizada, darle la oportunidad de defensa e imponer la sanción correspondiente de ser encontrado responsable. Así entonces, todo el procedimiento necesario para llegar a la imposición de una sanción penal, los institutos procesales y las autoridades que intervienen dentro del mismo, se puede denominar como sistema de persecución penal.

A través de la historia, el sistema de persecución penal ha estado ligado a la voluntad política o forma política imperante en su momento. Antes de la revolución francesa por ejemplo, con fundamento en las bases políticas monárquicas, el rey poseía la potestad de fijar las conductas delictivas e igualmente el procedimiento para su imposición, teniendo el rey entonces un poder ilimitado y sin restricciones, pues el objetivo del sistema de persecución penal bajo este esquema, más que proteger la persona o la sociedad, estaba dirigido a proteger el reinado, es decir, el poder del rey sobre sus súbditos. Sí se observa lo antes expuesto desde las modernas

bases democráticas, se podría concluir, estaba caracterizada por la arbitrariedad, por la falta imparcialidad y el poder excesivo del rey sobre sus súbditos.

Después de la revolución francesa y bajo los postulados democráticos, la igualdad y los derechos fundamentales del hombre, así como la limitación y control de los poderes públicos bajo el esquema de la división de poderes, se estableció la existencia de tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, poderes que tienen funciones separadas y se controlan entre sí. Teniendo en cuenta estos elementos y bajo el imperio de la ley se estableció un sistema de persecución penal, por lo tanto el *ius puniendi* como potestad recaía en el Estado, pero bajo los postulados de un Estado de Derecho; era el legislativo el que expedía las leyes que regulaban la función de persecución penal, lo que constituía limitación tanto para el poder judicial, como para el poder ejecutivo y garantía para el ciudadano, pues los poderes estatales se encontraban limitados por normas producidas por un órgano elegido democráticamente y en representación del pueblo.

Dentro de los postulados del Estado Constitucional de Derecho y siguiendo la orientación neo-constitucionalista, la tendencia es que aquellas instituciones que dentro de la forma de gobierno políticamente adoptada por el constituyente, puedan afectar gravemente derechos fundamentales, sean reguladas de manera básica por la Constitución, limitando con ello el margen de acción del legislador, esto como mecanismo de protección de los principios y derechos fundamentales de la personas y el establecimiento de premisas que regulen y puedan mantener el equilibrio entre los poderes públicos, por ello la tendencia es construir un sistema de principios para este fin. Guatiní (2000, p. 153) expresa que un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida,

capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.

Precisamente, esta tendencia neo-constitucionalista se ve reflejada en la Constitución Política de 1991, considerando la Constitución como un sistema de principios, que regula la actuación de las diferentes ramas del poder público y que propende esencialmente por materializar los principios democráticos, la división de poderes y los derechos fundamentales del hombre.

Una de los elementos constitucionalizados dentro de la Constitución Política de 1991 es el sistema básico de persecución penal. Al revisar la historia constitucional colombiana, puede evidenciarse que en la Constitución Política de Colombia (1886) e igualmente en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia (1863), las normas básicas de persecución penal, no fueron objeto del texto constitucional, pues el establecimiento de las mismas se delegaba al legislador. Un intento fracasado por constitucionalizar las normas básicas de persecución penal, se evidenció en la reforma constitucional de 1979, cuando se pretendió crear desde ese entonces, una Fiscalía como ente de persecución penal y un sistema básico que delimitara desde la Constitución el procedimiento penal. Sin embargo, la mencionada reforma fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia. (Cajas, 2008). Es sólo hasta 1991, que por primera vez en la historia constitucional de Colombia, las normas básicas relacionadas con el sistema de persecución penal se enmarcan de manera efectiva en el texto Constitucional por el constituyente primario, creando una Fiscalía General de la Nación como ente de persecución penal, delimitando de manera básica el procedimiento penal y estableciendo garantías y valores de protección con fines de limitación del poder punitivo del Estado, este

elemento podría decirse, es un elemento que define la identidad de la Constitución de 1991, pues la diferencia de manera significativa de las demás Constituciones adoptadas antes de 1991.

La Corte Constitucional en la sentencia C-038 (1995), reconoce que a partir de la Constitución de 1991, se constitucionalizó no sólo las normas básicas de persecución penal, sino todo el derecho penal como rama del derecho público, pues se “(...) incorpora preceptos y enuncia valores y postulados – particularmente en el campo de los derechos fundamentales – que inciden de manera significativa en derecho penal” y que constituyen límite al poder punitivo del Estado, y en este sentido, el legislador no posee una “discrecionalidad absoluta” para establecer las conductas delictivas, ni los procedimientos para imponer judicialmente las sanciones penales, pues debe seguir los postulados y principios constitucionales.

Una de las características esenciales de este sistema de persecución penal establecido en la Constitución de 1991, es considerar un sistema de persecución penal de tipo acusatorio, con una clara delimitación entre la función de investigación y acusación y la función de juzgamiento, por lo que se establece un órgano encargado de la investigación de los hechos que revistan características de delito y acusar a los presuntos responsables de los mismos ante los jueces.

Según el artículo 249 y 250 de la Constitución Política de Colombia (1991), este órgano de persecución penal, sobre el cual recae la función de investigación y acusación es la Fiscalía General de la Nación, “(...) la cual estará conformada, por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determiné la ley” y formará parte de la rama judicial, pero con plena autonomía administrativa y presupuestal.

La Fiscalía es entonces, un órgano perteneciente a la rama judicial del poder público, con una función precisa y delimitada dentro de la estructura política del Estado, que no es otra que la función de investigación o instrucción y acusación en materia delictual, esto también se

evidencia dentro del Esquema de Separación de poderes establecido por el Constituyente de 1991 en el artículo 116, pues allí se plantea precisamente desde la parte estructural de la unidad política que la Fiscalía General de la Nación hace parte de los órganos e instituciones que dentro de la división de poderes del Estado se encarga de administrar justicia.

Precisamente, al estudiar la génesis de la Fiscalía General de la Nación, como órgano de persecución penal dentro de la rama judicial del poder público y disponer su plena autonomía frente a las demás ramas, se evidencia la voluntad constituyente, haciéndose preciso remitirse a las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, que indican al respecto:

(...) corresponde a la Carta Fundamental definir las políticas básicas sobre persecución, investigación, acusación y juzgamiento de los delitos.

Según la Asamblea Nacional Constituyente (1991) la fijación de dichas bases constitucionales garantizará que las leyes respeten la separación de funciones como instrumento de imparcialidad, así como de eficacia preventiva y celeridad punitiva; y las garantías del debido proceso, ubicando la instrucción y la acusación en autoridades, llámeseles como se quiera, integradas con la autonomía funcional necesaria en el Órgano Judicial del poder público.

Estas exposiciones presentadas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, permiten evidenciar la voluntad del Constituyente de constitucionalizar la función de persecución penal y el sistema básico de persecución penal, como una garantía fundamental del sistema de separación de poderes y una garantía de imparcialidad frente a los ciudadanos.

Los artículos 113 al 121 de la Constitución Política (1991), establecen un sistema de división de poderes, en el que se permite la colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público, señalando el constituyente, por ejemplo, en el artículo 116, que excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades

administrativas. Sin embargo y bajo ese esquema de división de poderes, precisamente en el campo de la persecución penal, en lo referente a la investigación y juzgamiento de delitos, no se configuró ese elemento de colaboración armónica, determinando como elemento esencial del principio de separación de poderes, que las funciones de investigación y juzgamiento de delitos fueran estrictamente judiciales, cuando ese mismo artículo 116 advierte que a las autoridades administrativas no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), en términos jurídicos instruir es investigar, obtener los elementos necesarios para llegar a una acusación y en ese sentido se hace alusión a las funciones establecidas para la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250 de la Constitución Política de 1991.

De acuerdo a lo expuesto, el principio de persecución penal judicial es un elemento característico y esencial del sistema de división de poderes establecido en la Constitución de 1991, ya que fue su incorporación en el sistema de división de poderes el que motivó la constitucionalización del sistema básico de persecución penal, tal como se pudo observar en algunos apartes de las discusiones presentadas al interior de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y que se materializaron en la consolidación en el texto constitucional del citado principio.

Ahora, al observar la Constitución Política (1991), se puede concluir, que el elemento denominado principio de persecución penal judicial, no es irreductible a un artículo de la Constitución, pues no se evidencia sólo en ese artículo 116, sino que se puede observar también en los artículos 249, 250, 251 y 252, así como en parte del desarrollo dentro del texto constitucional “De los derechos y garantías fundamentales”.

El artículo 250 de la Constitución Política (1991), en donde no sólo se establecen las funciones y competencias de la Fiscalía General de la Nación como ente de persecución penal y se determina la obligación que tiene de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delito que lleguen a su conocimiento, sino que se estructura el esquema básico del sistema de enjuiciamiento criminal o penal, como un sistema acusatorio, con una distinción clara entre la función de instrucción y la de juzgamiento, constituyéndose desde allí, los pasos elementales del proceso penal y las características del mismo. La obligación impuesta a la Fiscalía General de la Nación de investigar los hechos que revistan características de delito que lleguen a su conocimiento, hace énfasis en ese elemento de persecución penal judicial del principio de separación de poderes, pues impone la obligación de investigar todos los hechos delictivos, exceptuando únicamente los hechos relacionados con las funciones judiciales que la Constitución le confirió a la justicia penal militar y al Congreso de la República para la investigación de altos funcionarios del Estado, manteniendo entonces el carácter judicial de la persecución penal.

Según el artículo 249, la Fiscalía General de la Nación estará conformada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determiné la ley, que forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal (Constitución Política de Colombia, 1991), recabando aquí el constituyente de 1991, su deseo de instituir un órgano de persecución penal independiente y alejado de las intromisiones de la rama ejecutiva del poder público como desarrollo del principio de separación de poderes.

Esa separación radical entre la rama judicial y la rama ejecutiva del poder público, cuando se trata del ejercicio de la persecución penal, puede evidenciarse desde la teleología o la finalidad que tuvo el constituyente en la incorporación del sistema básico de persecución penal

dentro del esquema constitucional; las discusiones en la constituyente, son prueba fehaciente de su conexión con el principio de separación de poderes. Entre muchas anotaciones, proposiciones y exposiciones plasmadas en las gacetas constitucionales, se encuentran las del constituyente Carlos Daniel Abello Roca, quien en varias sesiones realizó ponencia, de la cual quedó constancia en la Gaceta 51 (1991. p. 41-60) de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la constitucionalización de un sistema de persecución penal acusatorio y quien insistía sobre el ente de persecución penal:

Que, en su origen, ubicación y estructura la Fiscalía General de la Nación esté despolitizada, libre de presiones y liberada de la más remota posibilidad de arbitrariedad oficial. A la Fiscalía corresponderá la decisión de investigar, de adelantar la instrucción y de formular acusación antes los jueces, labores eminentemente judiciales. Si tiene origen político esos criterios jurisdiccionales correrían peligro de perder tecnicismo e imparcialidad.

Según la Asamblea Nacional Constituyente (1991) la concentración de atribuciones en el Órgano Ejecutivo es peligrosa. No olvidemos que el poder es vecino del abuso. Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de la Fiscalía al Poder Judicial es indispensable insistir en que la fase instructora del proceso penal es y debe ser jurisdiccional por las distintas relaciones de derecho y situaciones jurídicas que en ella se presentan y que hemos mencionado.

Teniendo en cuenta esto, se estableció dentro del texto constitucional varias situaciones específicas que identifican al sistema de persecución penal judicial, como un elemento esencial y definitorio de la Constitución Política de 1991, por ser un desarrollo esencial del principio de separación de poderes:

La inclusión de la Fiscalía General de la Nación como órgano encargado de la investigación y acusación dentro del sistema de persecución penal, ente partícipe en la administración de justicia.

El establecimiento de la Fiscalía General de la Nación como un órgano perteneciente a la rama judicial del poder público, con independencia administrativa y presupuestal.

La prohibición explícita de asignación de funciones de instrucción o investigación y juzgamiento de delitos a autoridades administrativas.

La inclusión de la justicia penal militar como encargada de la administración de justicia en su ramo y la asignación de funciones judiciales al Congreso de la República para la investigación de altos funcionarios.

El artículo 252, también es un referente normativo constitucional bastante importante frente al sistema de persecución penal, pues allí se establece que: “Aun durante los Estados de Excepción de que trata la Constitución (1991) en sus artículos 212 y 213, el Gobierno no podrá suprimir, ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento”, este artículo representa una protección al sistema básico de persecución penal judicial y un desarrollo del principio de separación de poderes, pues es indicativo de la importancia que representa dentro de la esencia de la Constitución de 1991, la constitucionalización del mismo, la configuración del órgano de persecución penal como autoridad judicial y la separación radical entre la rama ejecutiva del poder público y la función judicial de persecución penal.

Al analizar otros aspectos incluidos en el título de los Derechos, las garantías y los deberes de la Constitución de 1991, se puede deducir igualmente su relación directa con la constitucionalización del sistema de persecución penal y en específico con el principio de separación de poderes y el elemento de persecución penal judicial, así por ejemplo:

El derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 15), también hace parte de la estructuración del sistema básico de persecución penal y del elemento de persecución penal judicial, pues en éste se establece en la Constitución Política de Colombia (1991) que: “La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

El artículo 28 constitucional, también hace parte de los referentes normativos, relacionados con la constitucionalización del sistema básico de persecución penal, allí se establece:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Como se evidencia, estos dos artículos constitucionales hacen referencia a dos actividades que están directamente relacionadas con la función de investigación de delitos, que corresponden a las actividades de interceptación de comunicaciones y los registros y allanamientos de domicilios, dejando estas facultades únicamente para autoridades judiciales, manteniendo desde el desarrollo de los derechos fundamentales el principio de separación de poderes y elementos de persecución penal judicial, pues en el artículo 250 de la Constitución, en donde se hace el desarrollo del sistema básico de persecución penal, fijando las funciones de la Fiscalía y los jueces dentro de éste sistema, se establece como una facultad la de ordenar registros y allanamientos e interceptación de las comunicaciones.

Es innegable la relación de los diferentes referentes normativos constitucionales citados, con el sistema básico de persecución penal (artículo 250 y 252 de la Constitución), en donde el órgano encargado de la investigación criminal, se encuentra ubicado dentro de la rama judicial del poder público (artículos 116, 249 de la Constitución), y en uso de sus facultades constitucionalmente otorgadas podría afectar algunos derechos fundamentales para adelantar labores de investigación, como en el caso de lo establecido en el artículo 15 y 28 de la Constitución, lo que permite concluir, que la constitucionalización del sistema de persecución penal, no sólo está enmarcada en el artículo 250, sino que a partir del análisis de todo el texto constitucional y de la teleología de su incorporación, puede afirmarse, que es uno de los elementos que integran la Constitución de 1991 y que la define por ser parte esencial del sistema de división de poderes adoptado por el Constituyente de 1991; por lo tanto, suprimir el sistema constitucionalizado de persecución penal, por ejemplo dejando esa labor a la ley y autorizar en este sentido a que autoridades administrativas puedan ejercer funciones de investigación o persecución penal, haría que la Constitución de 1991 perdiera parte de su esencia, pues suprimiría parcialmente el principio de separación de poderes y como consecuencia no sería ya la Constitución de 1991, sino otra diferente, lo que podría catalogarse como una sustitución de la Constitución.

El sistema de separación de poderes como elemento esencial y definitorio de la Constitución. El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y El Ciudadano (1789) expresa “(...) una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.”

Desde la teoría constitucional democrática, se ha considerado la separación de poderes, como un elemento de indispensable consolidación en una Constitución, a tal punto, que como se

evidencia en el texto citado, la no estructuración de este principio, determinaría la inexistencia de Constitución.

Tradicionalmente, el principio de separación de poderes determina la distribución de funciones dentro del Estado, así se ha considerado tres ramas del poder público, como son la rama legislativa, ejecutiva y la judicial, cada una con un papel fundamental, lo que determina, que el poder no pueda estar concentrado en una sola autoridad, pues en caso de que así fuera, no se estaría hablando de democracia, sino de otro tipo de sistema o forma de gobierno. La división de funciones dentro de un Estado, no asegura únicamente que no se presente una indebida concentración de poder, sino que cada rama del poder público, funge como control de la otra u otras. El desarrollo teórico de este elemento, ha clasificado la separación de poderes en dos tipos de sistemas, uno rígido, en el que de manera determinante, las funciones de una rama son propias de ella y no pueden ser asignadas o desarrolladas, por alguna de las otras ramas y uno flexible, en que a pesar de la existencia marcada de la división de poderes, se presenta la posibilidad de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público para el cumplimiento de los fines constitucionales, sin que se pierda con ello, la existencia de los frenos y controles, que entre las distintas ramas del poder público deben existir para garantizar las bases democráticas.

El Constituyente de 1991, estableció un sistema de división de poderes flexible, con mecanismos de frenos y contrapesos, así lo expuso la Corte Constitucional, en la sentencia C-1040 (2005), en la que además determinó que se trata de un elemento esencial y definitorio de la Constitución.

El sistema de división de poderes, diseñado por el Constituyente de 1991, es un elemento que define la Constitución, como ya lo ha expresado la Corte Constitucional en diferentes sentencias. Sin embargo y para efectos de este trabajo, es necesario resaltar, una característica

esencial dentro de este sistema y que fue lo que determinó la constitucionalización del sistema básico de persecución penal judicial.

Si bien se estableció un sistema de división de poderes en el que se permitiría la colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público, lo que lo define como un sistema flexible, también es cierto, que en el campo de la persecución penal, y precisamente en lo que tiene que ver con la investigación y juzgamiento de delitos, se restringió las posibilidades de colaboración armónica creándose una prohibición respecto a la asignación de esta función a autoridades administrativas, precisamente, este es un elemento característico, que define el sistema de división de poderes establecido en la Constitución de 1991 y que motivó la constitucionalización del sistema básico de persecución penal judicial.

Ahora, es en el artículo 116 que se estableció a la Fiscalía General de la Nación, como un órgano perteneciente a la rama judicial del poder público, pero es en ese mismo artículo, en el que se evidencia la mencionada excepción respecto al elemento de colaboración armónica, pues se instituye según la Asamblea Nacional Constituyente (1991) que: “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar instrucción de sumarios ni juzgar delitos.”

Como se puede observar, se establece una clara separación y división de funciones, entre la rama judicial y la rama ejecutiva, en lo que respecta la investigación y juzgamiento de delitos, haciendo parte del sistema de división de poderes establecido por el constituyente de 1991. Este elemento, no sólo se ve representado en el artículo 116, sino también en los artículos 249, 250 y 252 de la Constitución, este último de gran importancia, porque prohíbe al poder ejecutivo, cualquier cambio en el sistema de persecución penal judicial durante Estados de Excepción.

Siendo entonces el sistema de división de poderes un elemento esencial y definitorio de la Constitución de 1991, cómo ya lo ha expresado la Corte Constitucional y teniendo en cuenta lo expuesto, dentro de este sistema se encuentra el principio de persecución penal judicial y el sistema de persecución penal constitucionalizado, sí por medio de una reforma se suprimiera el principio de persecución penal judicial, para establecer un nuevo principio que permita a las autoridades administrativas ejercer funciones de persecución penal, podría constituirse en una sustitución parcial del sistema de división de poderes que define la Constitución de 1991 y en ese sentido una sustitución de la Constitución, por ser contrario y opuesto, al punto de la incompatibilidad.

2.2.3. Principio de igualdad y sistema de persecución penal constitucionalizado.

Al observar, las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, se evidencia un elemento adicional que permite determinar lo definitorio y esencial del sistema constitucionalizado de persecución penal judicial en la Constitución de 1991, ya que además de ser establecido como parte del sistema de separación de poderes, también fue establecido como parte del desarrollo constitucional del principio de igualdad.

Uno de los puntos de discusión, con relación a la incorporación constitucional de un sistema de persecución penal judicial, fue el relacionado con el establecimiento de un sistema de persecución penal único, para la investigación y persecución de todos los delitos, expresando sólo algunas excepciones, frente al sistema de persecución penal militar y el juzgamiento de altos funcionarios, por las conocidas circunstancias especiales del sistema penal militar y el fuero de altos funcionarios.

Algunas propuestas presentadas a la Asamblea Nacional Constituyente, según quedó documentado en la Gaceta 51 (1991. p. 41-60), entre las que se encuentran la propuesta del gobierno, la propuesta del doctor Fernando Carrillo Flórez, entre otras, tenían como eje central, establecer que los esfuerzos de la Fiscalía General de la Nación y en sí, la implementación del sistema de persecución penal acusatorio, solo debía establecerse para algunos delitos, y precisamente para aquellos delitos de mayor relevancia para la sociedad, como el terrorismo y el narcotráfico, indicando que aquellos delitos denominados pequeñas causas o de poca monta, fueran cobijados por un sistema de persecución penal alternativo, dejándole la implementación de esta estructura de persecución penal al legislador, estas propuestas no tuvieron acogida en la Asamblea Nacional Constituyente, pues la postura mayoritaria, fue la de implementar un sistema de persecución penal único, creando sólo dos excepciones, el sistema de persecución penal militar y el sistema de persecución penal de aforados constitucionales, en este sentido se proyectó que la Fiscalía General de la Nación fuera el ente judicial encargado de la persecución penal en la estructura del Estado, es decir que fuera el ente encargado de la persecución de todos los delitos y no de algunos, como lo pretendían las propuestas ya relacionadas.

Estas anotaciones, permiten identificar la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente, al promulgar los artículos 116, 250 y 252 de la Constitución Política de 1991, pues como se evidencia, a través de estos artículos se sentó un elemento de la Constitución, el constituyente determinó, que la Fiscalía General de la Nación sería la responsable de ejercer la persecución penal de todos los delitos y que no se excluiría ninguno, es decir que no habría sistemas de persecución penal, alternos o alternativos, sino un solo sistema de persecución penal delimitado constitucionalmente, aún durante los Estados de Excepción, substrayendo de la órbita

de competencia del legislador el establecimiento de las normas básicas de persecución penal, situación que nunca se había presentado en la historia constitucional.

Los elementos expuestos, permiten establecer una conexión y relación de la constitucionalización del sistema de persecución penal judicial, no sólo con el principio de separación de poderes, sino también con el principio de igualdad.

Como ya se ha dicho, el sistema de persecución penal judicial es un elemento esencial de la Constitución Política de 1991, pero además es garantía del principio de igualdad, ya que en caso de existencia de dos sistemas de persecución penal, uno administrativo y uno judicial, las garantías que la Constitución predica de imparcialidad, autonomía y la facultades establecidas para el sistema de persecución penal judicial, no aplicarían para el sistema de persecución penal administrativo, encontrándose tanto acusados, como víctimas en una posición de desigualdad en caso que sus procesos sean tramitados bajo el esquema de persecución penal administrativo, pues no habría en la autoridad que lo investiga, la autonomía e independencia que se predica de la Fiscalía General de la Nación, pues al ser una autoridad administrativa, dependerá de manera directa de las ordenes que emanan de la rama ejecutiva del poder público.

De lo presentado se puede concluir, que la constitucionalización del sistema de persecución penal judicial, es un elemento esencial y definitorio, no sólo porque es característico de la obra del constituyente de 1991, sino porque, dicho elemento esta inescindiblemente vinculado a elementos que definen la identidad de la Constitución de 1991 desde sus bases democráticas, como son el principio de separación de poderes e igualdad.

Conclusiones respecto a la fijación de la premisa mayor. Con el fin de dejar sentada la premisa mayor del juicio de sustitución, puede decirse, que el sistema de persecución penal constitucionalizado, debe ser considerado un elemento esencial y definitorio de la Constitución

de 1991, no sólo porque en la historia constitucional colombiana, nunca antes se había establecido desde la Constitución el marco normativo del sistema básico de persecución penal, pues tradicionalmente, se difería su establecimiento al legislador, sino porque a lo largo de la exposición se ha logrado establecer, que la constitucionalización del sistema de persecución penal judicial, ésta directamente ligada al principio de separación de poderes (Corte Constitucional, 2005) y el principio de igualdad (Corte Constitucional, 2009), elementos que han sido calificados por la Corte Constitucional como definitorios y esenciales en la Constitución de 1991 (sentencias C-1040/2015 y C-588 de 2009). Por lo tanto, eliminar el sistema de persecución penal judicial constitucionalizado y en su lugar encargar al legislador dicha tarea, permitiéndole entregar la función de persecución penal a autoridades administrativas, podría constituirse una sustitución parcial de la Constitución de 1991 y en específico del sistema de separación de poderes y el principio de igualdad.

Así, podría decirse, que a pesar que en la Constitución de 1991, no existen cláusulas de intangibilidad, ni cláusulas pétreas, que impidan la modificación o reformulación de norma constitucional alguna, la teoría de la sustitución, predica la existencia de elementos insustituibles, precisamente son aquellos elementos que definen la identidad de la Constitución, por lo que puede considerarse bajo estos argumentos, que el sistema constitucionalizado de persecución penal judicial, constituye uno de esos elementos insustituibles, que admite reformulación, pero respetando la esencia constitucional, en este caso, las reformulaciones que podrían darse, deben respetar, que las normas básicas que rigen la persecución penal, deben estar dentro del texto constitucional y no ser expulsadas total o parcialmente de éste, es decir que no podría diferirse a la ley la tarea de establecer sistemas básicos de persecución penal y suprimirlo entonces del texto constitucional, se debe respetar el principio de separación de poderes que definió el

Constituyente de 1991, respetando la separación entre la función de investigación y juzgamiento de delitos, de la función de las autoridades administrativas o de la rama ejecutiva del poder público y se debe respetar el principio de igualdad, que determina la existencia de un sistema de persecución penal único de tendencia acusatoria, todo esto como garantía de limitación al poder punitivo estatal.

El sistema constitucionalizado de persecución penal judicial, se constituye entonces en un elemento esencial y definitorio dentro de la Constitución de 1991, pues es susceptible de modificaciones y reformulaciones, como ya se hizo en el acto legislativo 03 de 2002 (Avella, 2007, p. 17-27). Sin embargo, para respetar la esencia y la fórmula política establecida en la Constitución de 1991, deben respetarse los elementos ya señalados, como lo hizo el poder de revisión o reforma constitucional, cuando expidió el acto legislativo citado.

Es así, que se puede citar al profesor español de la Vega (1985, p. 287), cuando refiere que: “Admitido, como principio general, que los elementos esenciales que definen la fórmula política de una Constitución no pueden ser objeto de reforma constitucional, porque su modificación supondría el establecimiento de un nuevo régimen político y la creación de un ordenamiento constitucional diferente”, tal es el caso de los elementos ya mencionados, podrá entonces realizarse variaciones al sistema constitucionalizado de persecución penal judicial, pero no sustituir su constitucionalización, es decir retirarlo del esquema constitucional y delegarlo a la ley, ni sustituir el sistema de separación de poderes y el principio de igualdad en que reposa.

2.3. El artículo segundo del acto legislativo 006 de 2011 y su contraste con los elementos establecidos en la premisa mayor

Las modificaciones introducidas a través del artículo segundo del acto legislativo 006 de 2011. Para realizar una interpretación clara de la reforma introducida a través del acto legislativo 006 de 2011, puede acudir a la exposición de motivos presentada en el Congreso de la República para su aprobación. El proyecto de acto legislativo 216 de 2011 de iniciativa parlamentaria, fue presentado de la siguiente manera:

El proyecto de acto legislativo pretende modificar el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia para introducir un párrafo 2 que establezca lo siguiente:

Parágrafo 2. La acción penal también podrá ser ejercida por la víctima o por las autoridades administrativas en los casos y condiciones que determine la ley.

Según el Congreso de la República (2011) con esta modificación se pretende permitir que, en el futuro y en los términos precisos que lo indique la ley, las víctimas o autoridades administrativas puedan ejercer la acción penal.

La exposición de motivos del proyecto, planteaba varias situaciones por las que se hacía necesario la reforma de la Constitución:

La congestión de la Fiscalía General de la Nación, en asuntos a los que se les ha dado el nombre de pequeñas causas, lo que impide una respuesta rápida por parte del ente de persecución penal.

1. El ejemplo de ordenamientos jurídicos de otros países como Alemania, Chile y España, en los que se ha entregado la acción de persecución penal a la víctima.

2. La imposibilidad de regulación del tema a través de la ley, ante lo acontecido en la sentencia C-879 de 2008, M.P. Cepeda Espinosa (2008), que declaró inconstitucional la ley 1153 de 2007 (Ley de pequeñas causas), en donde se otorgaban funciones de investigación y acusación a la Policía Nacional, ya que la Constitución delimitó esta función en autoridades

judiciales y específicamente en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Por lo que es necesario extraer de la Constitución la regulación de este tema y permitir su regulación legislativa.

Al observar los antecedentes de la reforma constitucional, se puede identificar que la intención del poder de reforma de la Constitución, se ve representada en i) la desconstitucionalización parcial del sistema de persecución penal, para en su lugar facultar a la ley regular un sistema de persecución penal alternativo al constitucionalmente establecido, ii) posibilitar la asignación de la función de persecución penal a la víctima u otra autoridad administrativa, esto teniendo en cuenta que la estructura normativa de la Constitución de 1991 hasta ese momento no lo permitía, pues había diseñado un sistema constitucional de persecución penal estrictamente judicial, cómo ya se ha expuesto.

Se planteó dentro de la reforma, no solamente la posibilidad de entregar la función de persecución penal a la víctima, sino la de poder entregarla a otras autoridades diferentes a la Fiscalía General de la Nación, incluyendo dentro de estas las autoridades administrativas, así entonces una pretensión del poder de reforma, era la de modificar el esquema de división de poderes originalmente establecido, y determinar, que no sólo autoridades judiciales puedan realizar la investigación y acusación en material delictual, tal y como se puede observar de las discusiones presentadas en el congreso. (Congreso de la República, 2011)

Definitivamente la reforma fue aprobada y se consolidaron las finalidades expuestas, con la introducción en el artículo 250 de la Constitución Política de 1991 de un párrafo segundo, en donde se estableció que:

Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades

distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente. (Congreso de la República, 2011)

Del texto de la reforma citada, se puede considerar lo siguiente:

Desconstitucionaliza de manera parcial el sistema de persecución penal, dando la posibilidad al legislador de establecer un sistema de persecución legal, en relación conductas punibles de menor lesividad de acuerdo con la naturaleza del bien jurídico.

Se rompe con el criterio de persecución penal oficial judicial, pues con la reforma, se autoriza al legislador para entregar la acción de persecución penal a otras autoridades o la víctima, incluyendo dentro de esta categoría autoridades administrativas, pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público.

Se establece un sistema legal de persecución penal, alternativo al sistema constitucional establecido por el constituyente de 1991, lo que implica una mixtificación de sistemas de persecución penal y en ese sentido un trato diferencial, para las víctimas e incluso para los procesados por delitos menores. Sin embargo, se mantiene la posibilidad, que la Fiscalía General de la Nación investigue este tipo de conductas, ya no como titular de la acción penal, sino bajo el débil manto de un poder preferente.

Contraste entre los elementos definitorios de la Constitución de 1991 y los elementos introducidos por el artículo 2 del acto legislativo 06 de 2011 premisa menor del juicio de sustitución. Con fines de mayor comprensión y de realizar la correspondiente comparación, se lleva a cabo el contraste entre los elementos definitorios de la Constitución de 1991 y los elementos introducidos por el artículo 2 del acto legislativo 06 de 2011 así:

Mientras la Constitución Política de 1991 constitucionalizó las normas básicas de persecución penal, estableciendo una cláusula de reserva Constitucional, indicando que las

normas básicas de persecución penal deben ser establecidas en la Constitución y no en la ley, dejando tal voluntad plasmada en los artículos 116, 250, 251 y 252 del texto Constitucional. El artículo 2, acto legislativo 06 de 2011, por el contrario autoriza al legislador para asignar el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación, se delega entonces, el establecimiento de las normas básicas, relacionadas con el sistema de persecución penal de conductas punibles de menor lesividad.

Mientras el constituyente de 1991, dejó sentado un principio básico del sistema de persecución penal, tal y como se puede observar en el artículo 116 y 250 inciso primero de la Constitución, dicho principio se puede nombrar como persecución penal judicial. El constituyente determinó que el ejercicio de la investigación y juzgamiento de delitos, solo podría recaer sobre un órgano judicial del poder público, tal y como quedo establecido en el artículo 249 con la creación de la Fiscalía. Con la delimitación ya anunciada, se consolida en la Constitución el principio de separación de poderes y frente a este tema se evidencia una separación radical, pues se prohíbe la interferencia de la rama ejecutiva del poder público en la función judicial cuando se trata de investigación y juzgamiento de delitos. Contrario a eso y oposición, la reforma posibilita la entrega del ejercicio de la acción penal, a otra autoridad distinta a la judicial, incluyendo a autoridades administrativas, en lo que tiene que ver con delitos de menor lesividad, presentado así a las autoridades administrativas, como susceptibles de convertirse en órganos de persecución penal, además permite al legislador introducir en el ordenamiento jurídico Colombiano la figura del acusador privado, ya que la reforma autoriza, entregar el ejercicio de la acción penal a la víctima, la cual se encuentra alejada de la función pública y de la estructura orgánica estatal

El Constituyente al promulgar la Constitución de 1991, estableció un sistema de persecución penal único, un sistema de persecución que se aplicara para la investigación, persecución y juzgamiento de todos los delitos, y solo exceptuó de éste, los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio y la investigación y juzgamiento de altos funcionarios del Estado. El establecimiento de un sistema de persecución penal único, se presentó como un desarrollo del principio de igualdad. Por el contrario la reforma introdujo un sistema de persecución penal alternativo al Constitucionalmente establecido, pues se determinó la posibilidad de estructurar un sistema de persecución penal de carácter legal, lo que permitiría la existencia de una multiplicidad de entes persecución penal y la mixtificación de sistemas, uno Constitucional y otro legal.

Ahora, para hacer el contraste de acuerdo al juicio de sustitución, según la Corte Constitucional (2005) “se debe comparar el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles”. Partiendo de esta requisitoria y de la observación que permiten realizar el contraste, podría determinarse, que no sólo existe contradicción entre los elementos introducidos con la reforma y los establecidos originalmente en la Constitución de 1991, sino que resultan ser opuesto e incompatibles.

El artículo segundo del acto legislativo 6 de 2011, reemplaza o sustituye parcialmente varios de los elementos definitorios de la Constitución de 1991, por otros integralmente diferente y opuestos, así se evidencia de las siguientes conclusiones:

La Constitución de 1991 estableció una cláusula de reserva constitucional relacionada con las normas básicas de persecución penal, es decir se estableció un sistema de persecución

penal constitucionalizado, con la finalidad de garantizar la separación de poderes, limitar el poder punitivo del Estado y asegurar la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía en general, precisamente este es un elemento que definió la Constitución de 1991, ya que no se delegó en el legislador el establecimiento de las normas básicas de persecución penal, como era tradición en la historia constitucional colombiana.

El artículo 2 del acto legislativo 6 de 2011, pretende introducir un elemento totalmente opuesto e incompatible, pues pretende delegar en el legislador el establecimiento de las normas básicas relacionadas con el sistema de persecución penal de conductas punibles de menor lesividad, en razón a la autorización para asignar el ejercicio de la acción penal en la víctima u otra autoridad distinta a la Fiscalía General de la Nación.

La Constitución de 1991, estableció un principio de separación de poderes, bajo un esquema de frenos, controles y colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder público. Sin embargo, el esquema de separación de poderes que definió la Constitución de 1991, fue radical cuando excluyó de esa colaboración armónica a las autoridades administrativas, con relación a la función judicial de investigación y juzgamiento de delitos, creando entonces y frente a esta función, una división entre la rama judicial y rama ejecutiva del poder público, esto con el fin de limitar el poder punitivo del Estado y mantener la orientación democrática, tal y como se pudo observar, durante el desarrollo del presente trabajo, cuando se hizo referencia a la intencionalidad del constituyente de 1991. Es por ello, que se estableció la función de persecución penal, como una función judicial, se creó una Fiscalía General de la Nación, con autonomía administrativa y presupuestal, pretendiendo entonces asegurar la imparcialidad y limitando las posibilidades de intromisión del ejecutivo en materia de investigación penal, a tal punto que se prohibió su modificación, bajo las facultades que otorga el Estado de Excepción.

El artículo segundo 2 del acto legislativo 6 de 2011, pretende reemplazar este elemento por uno integralmente diferente, opuesto e incompatible, pues autoriza al legislador, para entregar el ejercicio de la acción penal, a otra autoridad distinta a la judicial, incluyendo a autoridades administrativas, tal situación desmonopoliza el ejercicio de la acción penal de la autoridad judicial, estableciendo la posibilidad legislativa de incorporar en el ordenamiento jurídico, entes de persecución penal alternos y variados, pues cualquier autoridad podría ser facultada por la ley para ello, incluso pueden ser facultados alcaldes, inspectores de policía, superintendentes y comisarios de familia, entre otros y en sí cualquier autoridad del orden ejecutivo, lo que resulta ser incompatible con el sistema de división de poderes que definió la Constitución de 1991 y en si con los elementos que lo desarrollan, incluyendo en ello los desarrollos dentro del acápite de derechos y garantías fundamentales constitucionalmente establecidos.

La Constitución de 1991 estableció un sistema de persecución penal único, un sistema de persecución que se aplicara para la investigación, persecución y juzgamiento de todos los delitos, y solo exceptuó de este los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio y la investigación y juzgamiento de altos funcionarios (Artículos 116, 250, 251 y 252 Constitución Política), los fines del constituyente de 1991 para establecer un único sistema, era garantizar el principio de igualdad y la protección del ciudadano, limitando el marco del ejercicio del poder punitivo, por ello también lo constitucionalizó.

El artículo 2 del acto legislativo 6 de 2011, pretende reemplazar este elemento por uno integralmente diferente, opuesto e incompatible, pues autoriza al legislador para crear sistemas de persecución penal alternos, es decir establece la posibilidad de coexistencia en el sistema jurídico de varios sistemas de persecución penal e incluso de variados entes de persecución

penal. El sistema persecución penal originalmente establecido, está diseñado bajo el presupuesto de la titularidad de la acción penal de la Fiscalía General de la Nación como autoridad judicial, precisamente cuando se enumeran las funciones de la Fiscalía General de la Nación, se establecen parte de los parámetros del sistema de persecución penal, al extraer de la competencia general y exclusividad para el ejercicio de la acción penal a la Fiscalía General de la Nación, se hace necesario el diseño de un sistema alternativo ya no de índole constitucional, sino legal.

Conclusiones

Primero, el principio de persecución penal es una competencia exclusiva de la rama judicial. Permitir que una autoridad administrativa, por ejemplo, los inspectores de policía, puedan adelantar juicio de naturaleza penal e imponer la correspondiente sanción, desvirtúa el núcleo esencial del principio de separación de poderes, el cual tiene, en el caso colombiano, la connotación de principio definitorio. La razón de esta afirmación: porque bajo el esquema de la división de poderes, se estableció la existencia de tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, poderes que tienen funciones separadas y se controlan entre sí.

Teniendo en cuenta estos elementos y bajo el imperio de la ley se estableció un sistema de persecución penal, por lo tanto el *ius puniendi* como potestad recaía en el Estado, pero bajo los postulados de un Estado de derecho, era el legislativo el que expedía las leyes que regulaban la función de persecución penal, el juez quien la aplicaba a los concretos y el ejecutivo el encargado a través del sistema carcelario de dar cumplimiento al fallo.

Por ende, permitir que una autoridad administrativa pueda adelantar el juicio de naturaleza penal e imponer la sanción, equivale a subvertir la asignación de funciones a cada uno de los órganos del poder público en materia penal.

Segundo, el principio de persecución penal a cargo de una autoridad judicial, es una expresión del principio de juez natural. Permitir que una autoridad administrativa pueda ejercer persecución penal implica, por ende, la violación grave al principio del debido proceso.

Tercero, el principio de persecución penal en manos de autoridades judiciales para unos casos y de autoridades administrativas para otros, desconoce el derecho a la igualdad porque dos personas con identidad fáctica van a estar a cargo de autoridades distintas, con criterios distintos y que les van a dar tratamiento distinto.

Lista de referencias

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Gaceta Constitucional nro. 51 del 16 de abril de 1991.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Gaceta Constitucional nro. 68 del 06 de mayo de 1991.

Avella, F. (2007). Estructura del Proceso Penal Acusatorio. Primera edición. Bogotá: Editorial Fiscalía General de la Nación.

Cajas, M. (2008). El control judicial a la reforma constitucional. Colombia, 1910 - 2007. Cali: Editorial Universidad Icesi.

Clavijo, D., Guerra D. y Yáñez, D. (2014). Método, metodología y técnica de la investigación aplicadas derecho. Bogotá: Universidad de Pamplona y Grupo Editorial Ibáñez.

Congreso De La República, (2001) Acto Legislativo 6 de 2011. Diario Oficial No. 48.263 de 24 de noviembre de 2011

Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia (1863). Alcaldía de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1369>

Constitución Política de Colombia de 1991. Recuperado de www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125

Corte Constitucional. (1995). Sala plena. Sentencia C-038 del 09 de febrero de 1995.

Corte Constitucional. (2003). Sala plena. Sentencia C-551 del 9 de julio de 2003.

Corte Constitucional. (2003). Sala plena. Sentencia C-1200 del 1 de diciembre de 2003.

Corte Constitucional. (2004). Sala plena. Sentencia C-970 del 07 de octubre de 2004.

Corte Constitucional. (2005). Sala plena. Sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005.

- Corte Constitucional. (2009). Sala plena. Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009.
- Corte Constitucional. (2013). Sala plena. Sentencia C-433 del 10 de julio de 2013.
- Corte Constitucional. (2014). Sala plena. Sentencia C-577 del 06 de agosto de 2014.
- Corte constitucional. (2014). Sala plena. Sentencia C-577 del 06 de agosto de 2014.
- Congreso de la república. (2011). Acto legislativo 6 de 2011. Diario Oficial No. 48.263 de 24 de noviembre de 2011.
- Congreso De La República De Colombia. (2011). Gaceta del Congreso año XX, Número 226 del 03 de mayo de 2011. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. P.1-6.
- Dávila, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. Caracas: Universidad Pedagógica Experimental Libertador. Revista Laurus. Vol. 12. pp. 180-205.
- De Vega, P. (1985). La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente. Primera edición. Séptima reimpresión. Madrid: Editorial Tecnos.
- Declaración de los Derechos del Hombre y El Ciudadano. (1789). Recuperado de internet:<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>, consultada el 17 septiembre de 2015.
- Fernández, J. (2004). Derecho penal fundamental 1. Tercera edición. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Hernández, R. (2010). Metodología de la investigación. Bogotá: Mac Graw Hill. 5ª edición.
- Loewenstein, K. (1979). Teoría de la Constitución. Segunda edición, primera reimpresión. Barcelona: Editorial Ariel.

Schmitt, C. (2003). Teoría de la Constitución. Primera edición, cuarta reimpresión. Madrid: Alianza Editorial.