



Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@cor-teconstitucional.gov.co>

Acción Pública de Inconstitucionalidad - Acto Legislativo No. 1 de 2020

1 mensaje

Asesor Legal - Red PaPaz <soportelegal@redpapaz.org>

17 de septiembre de 2020, 16:52

Para: secretaria3@cor-teconstitucional.gov.co

Cc: Red PaPaz - Dirección Ejecutiva <director@redpapaz.org>, Angélica María Claro Dirección Operaciones <operaciones@redpapaz.org>, nayibchalela@edulegal.co

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

Ref. Acción pública de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo No. 1 de 2020

Yo, Carolina Piñeros Ospina, mayor de edad, vecina de esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía número 39.694.233 de Bogotá D.C., directora ejecutiva de la Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, promuevo en nombre propio, acción pública de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo No. 1 de 2020 *«por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua»*, porque viola los límites del poder de reforma constitucional atribuidos al Congreso de la República, debido a que sustituye ejes definitorios de nuestra Constitución Política de Colombia.

Adjunto a este correo el escrito de la demanda debidamente suscrito y con la información de notificación correspondiente.

De ustedes, atentamente,

Carolina Piñeros Ospina

 **Acción Pública de Inconstitucionalidad (A.L. 1 de 2020) CGA_CPO_NCHA_AVS.docx VEN.pdf**
574K

Honorable Magistrado
ALBERTO ROJAS RÍOS
Presidente
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

REF.: Acción pública de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo No. 1 de 2020

Yo, **CAROLINA PIÑEROS OSPINA**, mayor de edad, vecina de esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía número 39.694.233 de Bogotá D.C., directora ejecutiva de la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES – RED PAPAZ**, promuevo en nombre propio, acción pública de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo No. 1 de 2020 «*por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua*», porque viola los límites del poder de reforma constitucional atribuidos al Congreso de la República, debido a que sustituye ejes definitorios de nuestra Constitución Política de Colombia.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de referirme a la norma y a los fundamentos de la demanda, encuentro necesario informarle a la Corte Constitucional, las razones por las cuales he decidido formular esta acción.

Como líder de una entidad sin ánimo de lucro que promueve por la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, me veo en la obligación de formular esta acción pública de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 1 de 2020, porque sustituye la Carta Política como demostraré más adelante. Además, encuentro necesario precisar que ninguna medida que esté orientada a proteger a la infancia y a la adolescencia puede hacerse a costa de la desfiguración de la norma superior. El ordenamiento constitucional colombiano ofrece los medios y las garantías para avanzar en la protección de las personas menores de dieciocho (18) años, por lo que no resulta admisible que se utilice este propósito como pretexto para sustituir la Constitución Política de Colombia.

RED PAPAZ, entidad a la que he estado vinculada desde su fundación hace diecisiete (17) años, es una organización de la sociedad civil que aboga por la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes y fortalece las capacidades de adultos y otros actores sociales para garantizar su efectivo cumplimiento. En 2012, **RED PAPAZ** junto con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC), el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), la Fundación Telefónica, y el Foro de Generaciones Interactivas crearon *Te Protejo*, que es una línea virtual para reportar situaciones que afectan los derechos de infantes y adolescentes, como el material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes (MESNNA), la explotación sexual comercial (ESCNNA), el ciberacoso, la intimidación escolar, la venta sustancias psicoactivas, el maltrato, el abuso, el trabajo infantil, entre otras. *Te Protejo* es administrada por **RED**

PAPAZ y cuenta con socios estratégicos como la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) y la Policía Nacional, quienes aúnan esfuerzos para hacer efectivos los derechos de las personas menores de dieciocho (18) años. En 2019, *Te Protejo* fue un aliado decisivo de la Policía Nacional en el desarrollo de la operación de desmonte de ochocientas diecinueve (819) URLs asociadas al dominio de nivel superior en internet asignado a Colombia, que contenían MESNNA.

Así mismo, desde 2016 *Te Protejo* hace parte de la red internacional de líneas de reporte INHOPE, que cuenta con 45 líneas de denuncia de MESNNA en 41 países y cuyo compromiso es la erradicación de este material de Internet. en virtud de esta vinculación, *Te Protejo* ha tenido acceso al sistema de la asociación global de líneas de denuncia de INHOPE, denominado ICCAM, por el cual *Te Protejo* tiene acceso a la red global de líneas de reporte, y puede reportar MESNNA alojado en otros países, y proporcionar información a la INTERPOL para el desmonte del MESNNA y la correspondiente persecución de los presuntos responsables de este delito. Igualmente, desde el 2017, *Te Protejo* ha sido beneficiario del Fondo End Violence Against Children (Fondo EVAC), creado en 2016 por el Secretario de Naciones Unidas, el cual financia organizaciones no gubernamentales comprometidas con el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16.2 de la Organización de Naciones Unidas consistente en: «*Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños*». también cabe destacar, que desde 2018 *Te Protejo* hace parte del Arachnid Project del Canadian Centre for Child Protection (C3P), para detectar, clasificar y solicitar a proveedores de alojamiento la eliminación de MESNNA con mayor efectividad. Desde 2012 y hasta le fecha, *Te Protejo* a recibido y tramitado efectivamente 82.952 reportes para proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Con fundamento en esta experiencia, así como en el compromiso indeclinable de proteger integralmente los derechos de niñas, niños y adolescentes, debo manifestar que la incorporación de la cadena perpetua dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en lugar de avanzar en la protección integral de la niñez y a la adolescencia frente a delitos contra la vida, la libertad y formación sexuales, supone un auténtico retroceso en este objetivo.

La experiencia de Red Papaz en la definición y ejecución de una política criminal y prevención de delitos contra niños, niñas y adolescentes nos permite afirmar que no se puede so pretexto de combatir conductas punibles, sustituir principios fundantes de nuestra democracia como los derechos a la Libertad y Respeto a la Dignidad Humana para entregarle a nuestras nuevas generaciones un país en el que estos valores han sido sustituidos por otros ajenos a nuestro estado de derecho.

Como mencionaré más adelante, la reforma adoptada por el Congreso de la República se opone a las recomendaciones internacionales sobre la materia y puede conducir a un mayor nivel de impunidad. Por este cargo y por otros que referiré más adelante, le pido a la Corte Constitucional que decida de fondo esta demanda y declare la inexequibilidad de la reforma constitucional recientemente aprobada.

II. NORMA DEMANDADA

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, a continuación transcribo la norma acusada, conforme se encuentra publicada en el Diario Oficial No. 51.383 de 22 de julio de 2020:

«ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2020

(Julio 22)

"POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA EL ARTÍCULO 34 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, SUPRIMIENDO LA PROHIBICIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PERPETUA Y ESTABLECIENDO LA PRISIÓN PERPETUA REVISABLE"

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1°. Modifíquese el artículo 34 de la Constitución Política, el cual quedará así:

Artículo 34. Se prohíben penas de destierro y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

De manera excepcional cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, se podrá imponer como sanción hasta la pena de prisión perpetua.

Toda pena de prisión perpetua tendrá control automático ante el superior jerárquico.

En todo caso la pena deberá ser revisada en un plazo no inferior a veinticinco (25) años, para evaluar la resocialización del condenado.

Parágrafo Transitorio. El Gobierno Nacional contará con un (1) año contado a partir de la fecha de promulgación del presente acto legislativo, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley que reglamente la prisión perpetua.

Se deberá formular en el mismo término, una política pública integral que desarrolle la protección de niños, niñas y adolescentes; fundamentada principalmente en las alertas tempranas, educación, prevención, acompañamiento psicológico y la garantía de una efectiva judicialización y condena cuando sus derechos resulten vulnerados.

Anualmente se presentará un informe al Congreso de la República sobre el avance y cumplimiento de esta política pública. Así mismo, se conformará una Comisión de Seguimiento, orientada a proporcionar apoyo al proceso de supervisión que adelantará el Legislativo.

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

EL PRESIDENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

LIDIO ARTURO GARCÍA TURBAY

EL SECRETARIO GENERAL DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

GREGORIO ELJACH PACHECO

EL PRESIDENTE DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES

CARLOS ALBERTO CUENCA CHAUX»

III. NORMAS VIOLADAS. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD QUE INTEGRAN LOS VALORES Y PRINCIPIOS QUE SE SUSTITUYEN CON LA NORMA DEMANDADA.

El Congreso de la República violó los límites del poder de reforma que la propia Constitución Política le asigna en sus artículos 6, 114, 374 y 375 comoquiera que la enmienda introducida sustituye la Constitución Política. Este fenómeno se advierte como consecuencia de la introducción de disposiciones que sustituyen elementos definitorios de la identidad de la Constitución Política y del Bloque de Constitucionalidad, y que se encuentran específicamente consignados en el Preámbulo y en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 9, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 20, 22, 24, 26, 27, 28, 30, 38, 44, 93, 94, 95, 150, 189, 224, 226, 227, 241 de la Constitución Política, en los artículos 1, 2, 3 y 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los artículos 2, 10 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y los artículos 19, 34 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

IV. OPORTUNIDAD

De acuerdo con lo establecido en el artículo 379 de la Constitución Política y en el artículo 43 del Decreto 2067 de 1991, podrán iniciarse acciones públicas contra los actos reformativos de la Constitución Política dentro del año siguiente a su promulgación. En consecuencia la presente acción se inicia dentro del término, si se considera que el Acto Legislativo No. 1 de 2020 se promulgó en el Diario Oficial el pasado 22 de julio de 2020.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A. VIOLACIÓN DE LOS LÍMITES DEL PODER DE REFORMA

1. Sobre los límites del poder de reforma

La Constitución Política contempla la posibilidad de reforma en su Título XIII. Esta posibilidad responde a la necesidad de mantener vigente la Constitución y adecuarla a las cambiantes exigencias de los tiempos.¹ Dependiendo de los mecanismos de reforma de las constituciones, éstas se clasifican entre constituciones flexibles, cuando el mecanismo de reforma es el mismo para la expedición de leyes ordinarias; y rígidas, cuando para cambiar la Carta se necesita un procedimiento especializado, más estricto que el de expedición de una ley ordinaria. La Constitución Política de 1991 es de tipo rígida, comoquiera sólo puede ser reformada por el Congreso de la República mediante acto legislativo que se debe tramitar en dos períodos ordinarios y consecutivos, por una Asamblea Constituyente, o directamente por el pueblo mediante referendo.²

Frente a los límites a la competencia del poder de reforma, es preciso anotar que si bien la Corte Constitucional no trató específicamente este tema durante su primera década; en el año 2003 profirió una sentencia que marcaría un hito en la materia. En esa oportunidad la Corte estudiaba la exequibilidad de la Ley 796 de 2003 por la cual se convocaba a un referendo constitucional, y trató por primera vez sobre los límites materiales del poder constituyente derivado «*por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario*».³ Por tratarse de un asunto novedoso, la Corte Constitucional planteó el interrogante sobre si el poder de reforma tenía o no límites de competencia. La respuesta fue afirmativa. Por ser un poder constituido, el constituyente derivado debía sujetarse a los límites de procedimiento y competencia que la propia Constitución le imponía.

Aunque los límites de procedimiento se encuentran específicamente descritos en la propia Carta, en el Reglamento del Congreso de la República, y en las normas estatutarias que regulan los mecanismos de participación; era necesario precisar cuáles eran los límites de competencia. Por este motivo, la Corte recurrió a una interpretación textual del artículo 374 de la Constitución Política, que establece que «*la Constitución*

¹ Ricardo Zuluaga. «El Control de Constitucionalidad de los Actos Reformativos de la Constitución de Colombia». 2006. Artículo compilado en el libro «*Justicia Constitucional: El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*». Universidad Javeriana, Legis.

² *Ibíd.*

³ Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

*podrá ser reformada»*⁴ para dejar claro que el constituyente derivado está expresamente autorizado para reformar la norma fundamental, mas no para sustituirla. Esto implica que el constituyente derivado aunque puede introducir enmiendas, éstas no pueden ser de tal entidad que supongan que la Carta Política ha sido sustituida por otra diferente. A diferencia del constituyente originario que se manifestó en proceso de 1991 y cuyo poder era ilimitado y omnímodo, el poder de reforma está expresamente sujeto a unos límites definidos en las normas. Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional sostuvo:

*«Aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1°) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma».*⁵

En posteriores sentencias, la Corte Constitucional continuó desarrollando el concepto de la *«insustituibilidad»* de la Constitución Política. Precisó que se diferenciaba de la *«intangibilidad»* que constituye un límite más estricto al poder de reforma y que impide tocar el núcleo de un principio fundamental, en la medida que la *«insustituibilidad»* prohíbe la introducción de modificaciones cuya magnitud y trascendencia deriven en una Constitución que difiera en su esencia de la original.⁶ Para tal efecto, resulta indispensable identificar los principios fundamentales y definitorios de la Constitución Política de 1991 para determinar si su modificación altera o no la identidad de la Carta. Por esta razón, desde 2003 la Corte ha establecido que corresponde a las personas que presenten acciones públicas de inconstitucionalidad asumir de la carga de probar por qué la reforma específica sustituye la Carta Política. Lo anterior, resulta determinante para que la Corte Constitucional adelante un examen de sustitución. Este examen difiere del examen de violación que adelanta la Corte respecto de las normas de rango legal, comoquiera que los actos reformativos de la norma superior, por esencia contradicen la Constitución, por este motivo no consiste en señalar una oposición con una disposición, sino en demostrar una alteración sustancial de un elemento constitutivo de la identidad de la Carta Política. En consecuencia, si el accionante no cumple con la carga de demostrar cómo ha sido sustituida la Constitución, la Corte deberá declararse inhibida y no podrá proferir una decisión de fondo como ocurrió en el caso de la sentencia C-1200 de 2003, en el que a

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1200 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

pesar de haberse demandado el acto legislativo que sentaba las bases para la implementación del sistema penal acusatorio, no se demostró cómo la reforma constitucional adoptada sustituía la Carta Política de 1991.⁷

En el año 2004, la Corte Constitucional tuvo una oportunidad histórica de pronunciarse sobre cómo el Acto Legislativo No. 2 de 2003 que adoptaba el denominado «*Estatuto Antiterrorista*» sustituía la Constitución Política. Sin embargo, el Alto Tribunal se abstuvo de pronunciarse sobre los argumentos de la sustitución constitucional esgrimidos por los actores, porque en su criterio no resultaba necesario en la medida en que se advertían irregularidades de procedimiento protuberantes que conducían a la declaratoria de la inexequibilidad de la reforma constitucional.⁸

Posteriormente, en la sentencia C-970 de 2004, la Corte Constitucional volvió a referirse a la extralimitación en la competencia del poder de reforma para hacer énfasis que se presenta cuando «*se reemplaza totalmente un elemento definitorio identificador de la Constitución*». Para efecto de precisar cuándo una enmienda constitucional sobrepasa las competencias atribuidas al poder de reforma, la Corte estableció una metodología que ha venido siendo complementada con el paso de los años. De acuerdo con este método, se debe enunciar, como premisa mayor, un aspecto definitorio de la identidad de la Constitución, que se argumenta que ha sido sustituido por la reforma específica. Esta formulación no debe ser general, sino específica. Se debe argumentar por qué ese elemento que es transversal a la Constitución forma parte de su identidad. Luego, se debe analizar el acto de reforma a la Constitución para resaltar sus especificidades y su alcance jurídico en relación con el elemento esencial de la Constitución antes identificado. Por último, se deben contrastar las premisas anteriores y «*si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia*».⁹ Aunque en esa oportunidad la Corte determinó en una decisión de cinco (5) contra cuatro (4), que el acto reformativo no sustituía la Constitución al asignarle

⁷ *Ibíd.*

⁸ Corte Constitucional. Sentencia 816 de 2004. Ms.Ps. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes. En esta oportunidad la Corte indicó lo siguiente: «*Esta opción metodológica de entrar a analizar y decidir directamente los cargos que tienen mayor potencialidad de prosperar, aun cuando pueda parecer más lógico estudiar otra acusación previamente, no es una invención de esta sentencia ni de esta Corte. Así, en muchísimos eventos, esta Corte ha declarado la inexequibilidad de una disposición con base en un determinado cargo de procedimiento, lo cual la ha llevado a no estudiar las otras acusaciones contenidas en la demanda. Esta metodología ha sido también utilizada por otros tribunales constitucionales de otros países Este enfoque se justifica, en esos casos, en el principio de eficiencia procesal (CP art. 228), pues la labor de los jueces consiste en decidir numerosos asuntos, a veces de gran complejidad, en plazos razonables, y con información y recursos limitados, por lo que no parece razonable ni prudente que los miembros de un tribunal plural se embarquen en consideraciones teóricas difíciles, cuando éstas no sean estrictamente necesarias para decidir concretamente el asunto específico debatido, y especialmente cuando no parezca posible lograr, en un plazo prudente, un acuerdo dentro del cuerpo judicial en torno a esas consideraciones. Y eso sucedió en el presente caso en relación con los vicios de competencia, por lo que la Corte entró en el estudio sistemático del cargo de trámite que tenía mayores posibilidades de prosperar, en el entendido de que si dicha acusación conducía a la declaratoria de inexequibilidad del acto legislativo, resultaba improcedente, por carencia de objeto, entrar en el estudio de los otros cargos, por cuanto, en todo caso, la norma demandada sería retirada del ordenamiento*».

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-970 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil

competencias específicas al Presidente para expedir normas orientadas a implementar el sistema penal acusatorio, un importante sector de esta corporación, consideró que la reforma introducida sí sustituía la Carta Política, comoquiera que limitaba considerablemente el ejercicio de las funciones propias del Congreso de la República.¹⁰

En octubre de 2005, la Corte Constitucional profirió una de sus decisiones más relevantes. En esta oportunidad el Alto Tribunal decidió sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo No. 2 de 2004 que permitía la reelección del Presidente de la República y establecía otras disposiciones relacionadas con esta institución. A diferencia de lo ocurrido en 2004, la Corte analizó primero los cargos de sustitución de la Constitución formulados y luego pasó a revisar el trámite surtido en el Congreso de la República. Aunque la actora había señalado que la reforma sustituía la forma de Estado, el sistema de gobierno y el régimen político, y que suprimía parcialmente el principio de igualdad, la Corte estimó que ninguno de estos cargos se configuraba.¹¹ Sin embargo, por primera vez en la historia, la Corte determinó que un acto reformativo de la Constitución sí contenía disposiciones transitorias que sustituían parcialmente la Carta Política. Se trataba específicamente de la habilitación al Consejo de Estado para que en el evento en que el Congreso de la República no expidiese la ley estatutaria que regulara las condiciones en que debía desarrollarse el proceso electoral en el participe un Presidente de la República en ejercicio, o fuere declarado inexecutable, lo reglamentara transitoriamente. Frente a esta disposición el Alto Tribunal señaló lo siguiente:

«Observa la Corte, en primer lugar, que la habilitación al Consejo de Estado se orienta a la regulación de un específico proceso electoral, que debe cumplirse en breve término y de cuya configuración, por consiguiente, quedaría excluido el legislador. Como se pone de presente en la demanda, tal situación afecta la supremacía de la Constitución, porque esa regulación, que de manera excepcional se confía al Consejo de Estado, no estaría sometida a control político alguno y carecería de un efectivo control de constitucionalidad. Dicho poder legislativo fue atribuido a un órgano de la rama judicial, que no es elegido por el pueblo de manera directa o indirecta, que no es representativo de la sociedad y que habrá de expedir las normas legales sin participación de los ciudadanos obligados y afectados, sin sujetarse a un procedimiento legislativo predefinido y público, y sin control parlamentario, ni judicial de constitucionalidad, que actúen de manera oportuna antes de las elecciones de 2006.

Estima la Corte que el Congreso excedió su competencia como reformador de la Constitución al expedir la disposición anteriormente transcrita, por virtud de la cual se sustituye el principio de supremacía de la Constitución por el de la supremacía del legislador transitorio. Por lo tanto, sustituye un elemento esencial definitorio de la Constitución por otro integralmente diferente.»¹² (Subrayas no originales)

¹⁰ Ibid. Fueron los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Córdoba Triviño.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005 Ms.Ps. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

¹² Ibid.

La Corte precisó que aunque el Congreso de la República tiene la competencia para introducir reformas para adaptar la Constitución a los cambios derivados de la evolución de la sociedad y las expectativas de los ciudadanos, le está vedado sustituir la Carta con cambios parciales de tal entidad que *«hagan imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria»*¹³ Este primer evento en el que la Corte declaró inexecutable una disposición de un Acto Legislativo por violación de los límites de competencia del poder reforma, constituye un precedente de enorme relevancia en el entendimiento de la sustitución así sea parcial de la Constitución. Además permite corroborar cómo el Alto Tribunal además de aplicar el método previamente establecido en el juicio de sustitución, agregó una serie de elementos adicionales que fortalecieron este examen particular.

Efectivamente, la Corte estableció que para construir la premisa mayor o el elemento definitorio de la Constitución: (i) éste debe ser claramente enunciado; (ii) debe señalarse a partir de varios referentes normativos de la Carta, incluyendo el bloque de constitucionalidad; (iii) se debe demostrar que dicho elemento es esencial y definitorio de la Constitución integralmente considerada;¹⁴ (iv) el elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución ya que no hay cláusulas pétreas; y (v) ese elemento definitorio no puede ser equivalente a un límite material intocable por los actos de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible. Verificada esta carga argumentativa, es preciso verificar si el elemento esencial definitorio ha sido reemplazado por otro, y si este nuevo elemento es opuesto o integralmente diferente con el original, y sea incompatible con los elementos definitorios de la Constitución.¹⁵

Otra decisión de importante trascendencia constitucional se produjo en 2009 cuando la Corte Constitucional declaró la inexecutable del Acto Legislativo No. 1 de 2008, que introducía una excepción transitoria al régimen de carrera administrativa. En esta providencia el Alto Tribunal identificó nuevos eventos en los cuales se sustituía la Constitución como consecuencia de la adopción de normas orientadas a favorecer a sujetos específicos. Para evitar este *«quebrantamiento»* de la Constitución, la Corte Constitucional introdujo un *«test de efectividad»* orientado a determinar si las disposiciones constitucionales que se reforman *«siguen siendo las mismas antes y después (...) de la reforma»*, de modo tal que *“si las normas siguen siendo las mismas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular»*.¹⁶

Luego, en 2010 la Corte Constitucional adoptó una nueva decisión histórica como fue la declaratoria de inexecutable de la Ley 1354 de 2009 por la cual se pretendía convocar al pueblo a un referendo constitucional para someter a su decisión el establecimiento de una segunda reelección del Presidente de la República. En esta sentencia el Alto Tribunal determinó que la extensión de un posible periodo adicional

¹³ Ib

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1040 de 2005. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Maro Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández. 19 de octubre de 2005.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

de cuatro (4) años al Presidente de la República sustituía la Constitución porque alteraba de forma sustancial elementos de su identidad, como la alternancia del poder, la igualdad y en general el sistema de pesos y contrapesos del ordenamiento.

En 2011, la Corte Constitucional volvió a reiterar los elementos del denominado *«juicio de sustitución de la Constitución»* que incluyen el denominado *«test de efectividad»* introducido en la sentencia T-588 de 2009 para reiterar la importancia de que el accionante observe la carga argumentativa para que el Alto Tribunal pueda proferir una decisión de fondo. En ese evento, la Corte estimó que no estaba suficientemente demostrado el cargo de sustitución de la Constitución en la prohibición de porte y consumo de la dosis mínima de sustancias estupefacientes por lo que profirió sentencia inhibitoria. Más adelante, en 2012 la Corte volvió a declarar inexecutable una reforma constitucional que nuevamente establecía un régimen de excepción que alteraba por completo el sistema carrera administrativa. En esta ocasión, el Alto Tribunal destacó la relevancia del *«test de efectividad»* para identificar cuándo una disposición constitucional verdaderamente encubre una decisión política orientada a favorecer a un grupo singular de personas.¹⁷

Posteriormente, en 2016 la Corte Constitucional precisó con mayor detalle los requisitos del *«juicio de sustitución de la Constitución»* por extralimitación del poder de reforma del Congreso de la República.¹⁸ La máxima autoridad de la jurisdicción constitucional señaló que es necesario que se formule una acusación clara sobre cuáles son las razones que demuestren que el Congreso se extralimitó con el acto de reforma. Este cuestionamiento debe recaer sobre un acto legislativo que exista jurídicamente y se encuentre vigente, y el razonamiento sobre cómo sustituye la Constitución debe demostrar la violación de las normas constitucionales sobre la competencia del Congreso de la República, por lo tanto no caben argumentos sobre la inconveniencia política de la aplicación de la reforma, salvo que de la misma se deriven efectos constitucionales. En este sentido, la Corte Constitucional señaló que la presentación de las razones específicas por las cuales la expedición del acto legislativo desconoce las normas de competencia del Congreso, debe buscar responder *«¿Por qué el acto legislativo impugnado constituye no sólo una reforma a la Carta sino, en realidad, una sustitución de la misma?»*.¹⁹

Así mismo, la Corte indicó en la citada providencia que para demostrar que el Congreso de la República se extralimitó en el ejercicio de su poder de reforma, la argumentación del *«test de sustitución»* debe mostrar cuál es el eje definitorio de la Constitución Política que está siendo remplazado, y exponer de qué manera el acto legislativo impacta este eje definitorio. Adicionalmente, la Corte Constitucional señaló que este ejercicio se hace mediante la comparación entre el eje anterior y el nuevo, explicando cómo las modificaciones introducidas por el acto legislativo son una transformación en la identidad de la Carta, de forma tal que después de la reforma resulte imposible reconocerla en su identidad básica.²⁰ Finalmente, en lo que respecta a la argumentación, manifestó lo siguiente:

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-588 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-053 de 2016. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

«Con tal objetivo la argumentación debe reposar, en principio, en las líneas metodológicas del juicio de sustitución sin que ello implique –destaca la Corte– un deber de desarrollarlo con el mismo grado de profundidad que le corresponde a este Tribunal. Así las cosas, la demanda deberá (i) mostrar el eje definitorio de la Constitución presuntamente reemplazado por el Congreso, requiriéndose para ello su enunciación y la indicación de los referentes constitucionales a partir de los cuales se desprende. Estima la Corte que de encontrarse reconocido en la jurisprudencia, bastará que los demandantes lo invoquen e indiquen el precedente respectivo. A continuación y en una tarea fundamentalmente descriptiva es necesario (ii) exponer de qué manera el acto legislativo impacta el eje definitorio, a fin de identificar, al menos prima facie, las diferencias entre el régimen anterior y el nuevo. Finalmente se requiere (iii) explicar por qué las modificaciones introducidas por la reforma pueden considerarse una transformación en la identidad de la Constitución de manera que ella, después de la reforma, es otra completamente distinta.»²¹

2. Juicio de Sustitución de la Constitución

Con fundamento en lo anterior, resulta palpable que la Corte ha seguido desde 2004 una línea particularmente uniforme en torno a los requisitos que se deben observar para demostrar cuándo una reforma constitucional tiene el efecto de sustituir la Constitución. El *«test de sustitución»* que introdujo la sentencia C-970 de 2004 se ha venido complementando, sin embargo su estructura se mantiene intacta.²²

Por esta razón, y con el propósito de cumplir con rigor la carga de argumentación que me corresponde para demandar la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo No. 1 de 2020, me referiré de forma separada a cada uno de los ejes definitorios de la Constitución que se ven trastornados con reforma constitucional recién aprobada por el Congreso de la República.

En la revisión de cada uno de ejes que serán enunciados de manera clara y específica, describiré su consistencia a partir de diferentes referentes normativos de la Constitución y del Bloque de Constitucionalidad. Luego, argumentaré por qué cada uno de ellos es esencial y definitorio de la Constitución. Hecha la revisión del eje definitorio de la Constitución, procederé a analizar de qué manera las disposiciones del Acto Legislativo afectan el eje definitorio. Finalmente, indicaré cómo la reforma aprobada por el constituyente derivado altera completamente la identidad del ordenamiento constitucional colombiano, y constituye una auténtica sustitución de la Constitución.

²¹ Ibid.

²² Si se observa la Sentencia C-053 de 2016 vuelve en buena medida sobre el mismo esquema definido en la Sentencia C-970 de 2004.

B. EL ACTO LEGISLATIVO NO. 1 DE 2020 SUSTITUYE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

1. El respeto de la dignidad humana como eje definitorio de la Constitución

i. Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana

El respeto de la dignidad humana es quizás el principal elemento definitorio de la Carta Política de 1991. Considerando que el Estado encuentra su razón de ser en la protección de los derechos de las personas y en el logro de la justicia y la paz; el respeto de la dignidad humana bien puede considerarse el primer presupuesto de la estructura constitucional. Este entendimiento se corrobora en diferentes disposiciones de la Constitución y de los instrumentos de protección de derechos humanos que forman parte del Bloque de Constitucionalidad.

En primer término, el artículo 1 de la norma superior reconoce el respeto de la dignidad humana como un principio fundante del Estado colombiano.²³ Por su parte, el artículo 2 establece que es un fin esencial del Estado, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes.²⁴ Por tanto, si se considera que los «*derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana*»²⁵ podría decirse que el primer fin del Estado es asegurar el respeto de la dignidad humana. El artículo 3 reconoce que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, por lo que es dable concluir que el Estado está obligado a proteger de forma integral y permanente a todas las personas sin distinción. De otra parte, el artículo 4 al reconocer la supremacía constitucional, impide que se apliquen normas jurídicas -cualquiera sea su rango-, que estén en contravía de los elementos definitorios de la Constitución, como lo es el respeto de la dignidad humana.²⁶ Enseguida, el artículo 5 establece que «*El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona*».²⁷ Esta prevalencia de los derechos humanos impone al Estado el deber de proteger a todas las personas, así como de procurar la resocialización de quienes han transgredido los derechos de otras.²⁸ De igual manera, le impide aplicar penas crueles, degradantes, o que tengan por efecto deshumanizar o cosificar a las personas.²⁹ Por su parte, el Título II consagra en sus

²³ Constitución Política de Colombia. *Artículo 1. Colombia es 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, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

²⁴ *Ibíd.* Artículo 2. *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (...)*

²⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos. Tomado del Preámbulo

²⁶ *Ibíd.* Artículo 4. *La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. (...)*

²⁷ *Ibíd.* Artículo 5

²⁸ Lo anterior se apoya en lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁹ Constitución Política Artículo 12.

diferentes capítulos los derechos humanos que se derivan de la dignidad inherente a la persona humana. Así, todas las anteriores disposiciones y las que atribuyen las competencias a los órganos del Estado deben entenderse orientadas al respeto de la dignidad humana.

En lo que respecta a los instrumentos de protección de derechos humanos que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, es necesario mencionar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce de manera expresa la dignidad humana, la garantía de los derechos y la prohibición de las penas o tratos crueles en los artículos 1, 2, 3 y 5. Por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su Preámbulo que los «derechos [consagrados en este instrumento] se derivan de la dignidad inherente a la persona humana»³⁰. Adicionalmente, los artículos 2, 10 y 26 tratan específicamente sobre el respeto a la dignidad inherente a la condición humana. También, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce la dignidad humana como elemento definitorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y prohíbe específicamente las penas crueles, inhumanas y degradantes por resultar contrarias a este postulado cardinal. Adicionalmente, reconoce como una finalidad esencial de la pena, la reforma y la readaptación social de los condenados.

Por su parte, la Corte Constitucional también ha expresado que el respeto de la dignidad humana constituye un eje definitorio de la Constitución Política, y así lo ha expresado en múltiples providencias en las que además ha brindado nociones acerca de lo que es la dignidad humana. A manera de ejemplo, en la sentencia C-170 de 2012 que consigna la decisión sobre la exequibilidad del acto legislativo que le atribuyó las funciones de la Comisión Nacional de Televisión al Ejecutivo, y dispuso la eliminación de este organismo autónomo, indicó en el juicio de sustitución, que son pilares fundamentales de la Constitución Política de 1991 los siguientes:

«La Corte ha venido depurando su jurisprudencia para señalar algunos de los pilares básicos o estructurales de la Constitución de 1991, entre los cuales se destacan: (i) el principio de Estado de Derecho y la prohibición de normas ad-hoc de contenido puramente plebiscitario; (ii) la forma de Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana; (iii) el principio democrático y de supremacía constitucional; (iv) los principios de igualdad y mérito en el acceso a la carrera administrativa; (v) los principios de democracia participativa y de soberanía popular; (v) la separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos y la regla de alternancia en el ejercicio del poder. Como se observa, estos pilares pueden tener una dimensión sustantiva, cuando están ligados a la vigencia de principios inherentes al diseño acogido por la Carta Política de 1991, como el principio democrático, la supremacía constitucional y la separación de poderes; o bien tener una dimensión orgánica, cuando se asocian a instituciones catalogadas de vitales en ese mismo modelo (presidencia de la República con alternancia en el poder, bicameralismo como expresión de la soberanía popular)»³¹ (Subrayas no originales)

³⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-170 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

De otro lado, en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la dignidad humana la Corte Constitucional sostuvo en la sentencia T-881 de 2002, que se debe entender como valor, como principio y como derecho, así:

«(i) La dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.»³²

Pero además de resaltar su carácter polivalente, este Tribunal también destacó que se puede definir: *«(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).»³³*

Este entendimiento de la dignidad humana encuentra sus orígenes en el pensamiento del filósofo alemán Emanuel Kant, quien sostuvo en su *«Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres»* que *«todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás, nunca como simple medio, sino siempre al mismo como fin en sí mismo.»³⁴* Por consiguiente, el respeto de la dignidad humana se puede resumir en el reconocimiento a la facultad que tienen todas las personas sin excepción, de definir su proyecto de vida y de determinarse según sus características. También comprende condiciones materiales de existencia apropiadas para asegurar el goce de derechos inalienables, así como condiciones extrapatrimoniales que resultan determinantes para llevar una vida libre de humillaciones y degradaciones. Desde una perspectiva negativa, es necesario señalar que la dignidad humana resulta incompatible con las penas crueles, inhumanas o degradantes a que hace referencia el artículo 12 de la Carta Política. Así mismo, el respeto a la dignidad humana, impide que haya penas que utilicen a la persona como medio y que cercenen de forma permanente el ejercicio de sus derechos. Aunque la dignidad humana es compatible con la imposición de penas privativas de la libertad, resulta indispensable que se verifiquen condiciones específicas.

En primer término, el cumplimiento de la pena privativa de la libertad se debe cumplir en condiciones que aseguren el goce de los derechos humanos intocables e intangibles.³⁵ Sin perjuicio de que se pueden suspender o restringir algunos derechos³⁶, aquellos que tengan carácter intocable o intangible³⁷ como son la vida, la alimentación adecuada, la salud, la dignidad, la integridad personal y la igualdad se deben proteger de forma completa e integral.

³² Op. Cit. Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

³³ Ibid.

³⁴ Kant, Emanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Traducción de Francisco Larroyo, Editorial Porrúa, México, 1998 Pg. 47

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

Pero además de que se deba asegurar la protección de estos derechos intocables, el respeto de la dignidad humana impone que el condenado pueda resocializar una vez cumpla su sentencia. La pena, como lo establece el numeral 6 del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos debe tener como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. Por tanto, el período en el cual permanezcan privados de la libertad, los condenados no solo deben recibir un trato que se compadezca de su dignidad como personas, sino que deben recibir el apoyo y la protección necesarias para que puedan volver a vivir en sociedad. La resocialización está orientada al logro de la paz como valor, principio y derecho fundamental dentro del ordenamiento constitucional. En consecuencia, si se niega de manera absoluta que el condenado tenga si quiera la expectativa de algún día volver a socializar, se estaría dejando de reconocer la pena como un medio de corrección y resocialización de la persona. Al mismo tiempo, se deja de reconocer a la persona como fin en sí mismo, y se le pasa a tener como medio de disuasión de conductas criminales. El ser humano se cosifica y se pone al servicio del Estado. Se invierte por completo la función que está llamado a cumplir el Estado como garante de los derechos de las personas, comoquiera que se pasa a valerse de las personas para lograr objetivos de política criminal.

ii. La permisión de la cadena perpetua afecta la dignidad humana como eje definitorio de la Constitución

De acuerdo con la anterior precisión sobre el respeto a la dignidad humana como eje definitorio de la Constitución Política de 1991, es necesario revisar cómo las disposiciones incorporadas en virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2020 lo alteran de forma radical. En primer lugar, se advierte que el Congreso de la República eliminó una de las penas prohibidas que se establecían en el inciso primero del artículo 34 de la Carta Política. El constituyente primario había establecido una disposición del siguiente tenor: *«Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación»*. Con la anterior se buscaba dejar claridad acerca de la absoluta incompatibilidad de estas medidas -utilizadas en épocas de menor conciencia sobre la protección de los derechos humanos-, con la dignidad inherente a la persona humana. Esta disposición además está en línea con lo establecido en el artículo 12 de la Constitución que establece que: *«Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes»*. Como se anotó anteriormente, el Estado debe ser garante de la protección de los derechos de las personas, sin distingo alguno, por este motivo no puede adoptar medidas que lo releven de esta obligación como es el caso del destierro o la prisión perpetua. Sin embargo, el Acto Legislativo No. 1 de 2020 modifica esta disposición y elimina la referencia a la prisión perpetua. De otra parte, mantiene incólume la excepción acerca de la extinción de dominio de los *«bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social»*. Esta excepción fue propuesta con el ánimo de hacer frente al enriquecimiento ilícito como un factor de corrupción social.³⁸

Adicionalmente, agrega una disposición de acuerdo con la cual se permite la imposición de la prisión perpetua a las personas que sean condenadas por delitos de homicidio en modalidad dolosa, o de acceso carnal que implique violencia o involucre la incapacidad de resistir, siempre que las víctimas -que no necesariamente los sujetos

³⁸ Lleras De la Fuente, Carlos y Tangarife Torres Marcel, Constitución Política de Colombia: Origen, Evolución y Vigencia, Biblioteca Jurídica Dike, 1996, Tomo 1 Pg. 170

pasivos-, sean niñas, niños o adolescentes. Por este motivo, cuando una persona (sujeto activo) cometa estos delitos en contra de niñas, niños y adolescentes (sujetos pasivos), o contra cualquier persona, y resulten especialmente afectados niños, niñas o adolescentes (sean también víctimas) el juez penal podría imponer la prisión perpetua. Al efecto, es importante precisar que de acuerdo con el texto aprobado por el Congreso de la República, la prisión perpetua procedería también contra las personas que hayan cometido estas conductas en contra de adultos siempre que haya personas menores de dieciocho años que puedan considerarse víctimas, considerando el espectro de este término de acuerdo con la doctrina penal y constitucional. En consecuencia, si una persona asesina a una mujer adulta que es madre un niño, comoquiera que el niño es víctima del homicidio en la medida en que padece las consecuencias de la pérdida de su madre, podría imponerse la cadena perpetua a la persona que incurrió en la conducta delictiva.

Además de incorporar la posibilidad de imponer la prisión perpetua en los casos anteriormente mencionados, la reforma constitucional prevé que la pena impuesta tenga un control automático con el superior jerárquico. Lo anterior, como mecanismo de control dentro de la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal, sin que ello necesariamente conduzca a la revocatoria de la sentencia. También incorpora una revisión de la pena que debe ocurrir no antes de veinticinco años. Sin embargo, no queda claridad a partir de cuándo se cuentan los veinticinco años, si es a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria o desde qué momento. Esta posibilidad de revisión no supone que la sentencia vaya a ser revocada. Sin embargo, causa extrañeza que el acto reformatorio de la Constitución trate sobre la resocialización y al mismo tiempo permita la prisión perpetua. Como se refirió anteriormente, la resocialización es una finalidad esencial de la pena por cual no puede ser dejada al azar.

Por último, la reforma constitucional establece un párrafo transitorio en el que define las particularidades para que el Gobierno Nacional radique un proyecto de ley que implemente la cadena perpetua, y formule una política pública integral de protección de la niñez y la adolescencia frente a estos flagelos. También impone una obligación específica al Ejecutivo de presentar un informe anula al Congreso de la República en el que de cuenta del cumplimiento de estas obligaciones, y dispone la creación de una Comisión de Seguimiento específico para la materia.

Esta enmienda constitucional fue adoptada con un propósito de prevención general. Ciertamente, en varios de los debates de aprobación del Acto Legislativo, se hizo alusión al carácter disuasorio que esta medida tendría frente a los demás ciudadanos, como consta en la Gaceta No. 278 del 3 de junio de 2020 en el que se encuentra el *«informe de ponencia para la segunda vuelta del primer debate en Comisión Primera del Senado de la República del Proyecto de Acto Legislativo 021 de 2019»*³⁹ y refiere:

«Lo enunciado [protección de niñas, niños y adolescentes y evitar la reincidencia de delitos sexuales contra este grupo] se logra, en primer lugar, a través de lo anteriormente explicado sobre el fin de prevención general negativa de la pena, esto es, disuadir a los futuros agresores otra vez de un monto punitivo mayor

³⁹ El Proyecto del Acto Legislativo 021 de 2019 fue el que dio origen al Acto Legislativo 01 de 2020 adoptado el 22 de julio de 2020

para evitar la afectación de los bienes jurídicos de los menores».⁴⁰ (Subrayas no originales)

A partir de lo anterior, se observa que una de las pretensiones del Congreso de la República para adoptar el Acto Legislativo 01 de 2020, era lograr la prevención general negativa, mediante la cual la pena se convierte en un acto ejemplarizante para el resto de la comunidad, con el fin de prevenir que se cometan delitos especialmente lesivos. La razón subyacente de la prevención general negativa es que las personas sean conscientes de la efectividad y severidad de las penas, para desincentivar la comisión del delito. De esta manera, el victimario se convierte en un ejemplo para la sociedad de lo que ocurre si se comete el delito.

La utilización del victimario como un instrumento para avanzar hacia un fin de política criminal contraría la máxima kantiana de la dignidad humana, según la cual las personas son fines en sí mismos, y termina por cosificarlas para servir intereses específicos de la política criminal. Sobre este particular, es preciso resaltar que en 1993 los Magistrados, Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero, manifestaron lo siguiente respecto de una norma que ofrecía beneficios a las personas por colaborar con las autoridades. Al efecto expresaron lo siguiente:

«En forma por demás reiterada la Corte Constitucional ha proclamado que el derecho y el Estado deben estar al servicio de la persona humana y no viceversa. Porque ambas instituciones se justifican y tienen razón de ser sólo en la medida en que sean instrumentos al servicio de la promoción, realización y elevación del conjunto de valores supremos que trascienden al ser humano y a su dignidad».

Dentro de este contexto y como expresión de lo colectivo, el interés general debe ser compatible necesariamente con tales valores. No puede prevalecer en menoscabo de ellos.

En consecuencia, en ninguna circunstancia puede el Estado convertir al hombre en dócil instrumento de una política con el pretexto de servir el interés general eficazmente. Solo así se garantiza el respeto debido a su dignidad irrenunciable, la cual se degrada irremediabilmente cuando la persona es cosificada y convertida en delatora al servicio de una política criminal de clara estirpe hobbesiana, tal como acontece con el decreto objeto de revisión».⁴¹ (Subrayas no originales)

Esta tesis que describe con lucidez el alcance de la dignidad humana frente a la acción estatal fue retomada por la Corte Constitucional en la sentencia C-061 de 2008, cuando declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, que permitía que se publicara al menos una vez a la semana, el nombre completo y la foto reciente de las personas que hubieran sido condenadas por delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes. En esa oportunidad, la Corte sostuvo que el Estado no

⁴⁰ Gaceta del Congreso Senado y Cámara No. 278. Año XXIX. Miércoles 3 de junio de 2020. «Informe de Ponencia para Primer Debate en Comisión Primera del Senado de la República – Segunda Vuelta».

⁴¹ Salvamento de Voto de los Magistrados Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero a la Sentencia C-052 de 1993, Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein.

puede utilizar al delincuente para crear temor, comoquiera que esto implica una invasión a la órbita interna de la persona, y es una agresión innecesaria y poco útil. Adicionalmente, la Corte señala que la utilización del individuo es *«inadmisible frente a la persona humana, así se parta de la altísima gravedad de la acción perpetrada»*.⁴²

El Acto Legislativo No. 1 de 2020 sustituye el carácter resocializador de la pena privativa de la libertad que emana del reconocimiento y el respeto a la dignidad humana y lo sustituye por un nuevo principio fundado en el carácter vindicativo de la pena ajeno a nuestro sistema de valores. *“La pena no tiene un sentido de retaliación social o de venganza, ni puede ser aplicada con saña ni con desprecio hacia el ser humano que purga sus faltas anteriores. Ella tiene un carácter resocializador que debe aplicarse de modo civilizado, conforme al Derecho, sin que el Estado -que tiene la función de administrar justicia- abuse de sus atribuciones ni se iguale al delincuente.”*⁴³

iii. El Acto Legislativo No. 1 de 2020 sustituye la Constitución Política

De acuerdo con lo anterior, resulta evidente que la enmienda constitucional introducida por el Congreso de la República sustituye la Carta Política de 1991, comoquiera que anula el respeto de la dignidad humana como eje definitorio de la Constitución. Siguiendo lo indicado por la Corte en previas oportunidades, la imposición de la pena de prisión perpetua deshumaniza al victimario para convertirlo en un mero instrumento de política criminal. De igual forma, hace nugatoria la posibilidad de resocialización que es elemento esencial de la pena dentro del marco del respeto por la dignidad humana.

A diferencia del caso tratado en la sentencia C-061 de 2008, la instrumentalización que permite el Acto Legislativo 01 de 2020, es bastante más severa, toda vez que consiste en la pérdida permanente de la libertad y la vida digna de la persona.⁴⁴ La dignidad humana como elemento definitorio y esencial de la Constitución, es incompatible con la deshumanización y utilización de las personas -sin importar los delitos que hayan cometido-, para alcanzar un fin disuasorio de la política criminal. Así mismo, es incompatible con la imposición de penas inhumanas y degradantes. Esta reforma constitucional supone la negación de la humanidad de los victimarios, al permitir que sean tratados como instrumentos para el logro de objetivos de la política criminal.⁴⁵

Por otra parte, el Acto Legislativo 1 de 2020 también sustituye un elemento esencial de la dignidad humana como es la autonomía para diseñar un plan de vida y determinarse conforme a éste.⁴⁶ La autonomía inherente a todas las personas supone el poder actuar sin que los actos propios estén determinados causalmente, o hayan sido impuestos por otra persona. En el caso de las personas que han incurrido en graves

⁴² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-061 de 2008. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. 30 de enero de 2008.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 718 de 1999. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. 28 de septiembre de 1999.

⁴⁴ Angélica María Pardo López, Ana Lucía Moncayo Albornoz, Ángela Marcela Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigación de Política Criminal, 2019

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Op. Cit. Sentencia T-881 de 2002.

delitos contra la vida y contra la libertad y formación sexuales, es cierto que deben ser sancionadas por el Estado. Sin embargo, esta sanción debe tener un carácter necesariamente reformador, que les permita resocializar y de forma autónoma respetar los derechos de los demás así como las normas de convivencia. Eliminar de forma absoluta esta posibilidad como lo hace el Acto Legislativo No. 1 de 2020 conduciría a que haya personas a quienes el Estado les ha prohibido de forma permanente la posibilidad de volver a vivir en comunidad. Al efecto, conviene anotar que esta pena no difiere en mayor medida del destierro, por cuanto el Estado deshumaniza a un individuo al prohibirle que por el resto de su vida pueda convivir con los demás integrantes de la sociedad.

A partir de esta comprensión de la autonomía como dimensión de la dignidad humana, resulta palpable que la prisión perpetua le es completamente contraria. La Corte Constitucional en la Sentencia C-261 de 1996, por la cual declaró la exequibilidad de la Ley 250 de 1996, que incorpora el tratado sobre el traslado de personas condenadas entre Colombia y Venezuela, manifestó que la función resocializadora del sistema penal está íntimamente ligada al respeto de la dignidad humana y la autonomía. Lo anterior, comoquiera que el cumplimiento de la pena no puede significar la pérdida de la dignidad ni de la autonomía de quien la cumple. Así, la función resocializadora de la pena debe garantizar la dignidad y la autonomía del condenado, razón por la cual debe servir para la consolidación de condiciones que permitan el autodesarrollo libre de la persona, eliminando la violencia social.⁴⁷

Debido a que la pena de prisión perpetua parte del supuesto de que la persona no puede ser rehabilitada ni resocializada, y por ende debe mantenerse apartada de la sociedad, anula completamente la capacidad de la persona de actuar de acuerdo con sus propios principios, sin ser determinado causalmente por otro, o sin que esas actuaciones sean impuestas por un tercero. Comoquiera que la pena de prisión perpetua priva a las personas incluso de la esperanza de recuperar su plena autonomía en un futuro resulta incompatible con la dignidad humana y la autonomía.⁴⁸ Adicionalmente, la prisión perpetua constituye una renuncia a la función de resocialización de la pena que forma parte del deber de protección de las personas a cargo del Estado.

Además de anular por completo la dignidad de las personas condenadas, la cadena perpetua no contribuye de ninguna manera a la protección integral de la infancia y la adolescencia. Incluso, como se demostrará más adelante, la cadena perpetua afecta los derechos de esta población sujeta a especial protección constitucional. Por esta razón y como representante de una entidad que aboga por la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, debo manifestar con absoluta contundencia que si bien el Estado debe actuar garantizar de manera prevalente los derechos de las personas menores de dieciocho (18) años, de ninguna manera puede hacerlo a costa de la dignidad humana de las personas que han violado sus derechos. La Constitución Política de Colombia ofrece herramientas adecuadas para que las autoridades actúen de manera efectiva en defensa del interés superior de niñas, niños y adolescentes. Por tanto, no es necesario incorporar una enmienda constitucional, y menos que sustituya

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-261 de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁸ Op. Cit. Angélica María Pardo López, Ana Lucía Moncayo Albornoz, Ángela Marcela Olarte Delgado.

la Carta de 1991, que es el resultado de un proceso de participación plural que puso a la niñez y a la adolescencia en el centro del quehacer estatal.⁴⁹

La imposición de la cadena perpetua contribuye a la deshumanización del interno, e incentiva a una mayor discriminación en la garantía de derechos como la salud, la libertad y el derecho de petición, que de por sí difícilmente se garantizan a los demás internos, comoquiera que se trata de personas que no se espera que obtenga su libertad. Además debe tenerse en cuenta que esta reforma tiene en sí misma un efecto constitucional si se considera que la propia Corte en sentencia T-388 de 2013 declaró el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario.⁵⁰ Por tanto la enmienda constitucional no solo sustituye la Constitución Política al anular de manera definitiva la dignidad humana, sino que además conduce a que personas condenadas por los delitos anteriormente referidos permanezcan por el resto de sus días en un sistema que viola incluso los derechos intocables e intangibles. Con fundamento en el anterior cargo, y en razón de la sustitución del principal eje definitorio de la Carta de 1991, resulta necesario que la Corte Constitucional declare inexecutable el Acto Legislativo No. 1 de 2020.

2. Violación de la libertad como elemento de la identidad de la Constitución

i. La Carta Política de 1991 es libertaria y democrática

La libertad constituye uno de los pilares fundamentales de la Constitución Política de 1991. El ordenamiento constitucional se ha erigido con el propósito de asegurar la libertad de todas las personas, de ahí que sea transversal a todo el contenido de la norma superior. Las alusiones a la libertad se advierten desde el mismo Preámbulo de la Carta Política, como un compromiso del propio constituyente con todas las generaciones para asegurarles condiciones materiales e inmateriales que les permitan vivir libremente. Así mismo, en el artículo 2 establece que uno de los fines del Estado es garantizar la efectividad de los derechos y que las autoridades de la República están instituidas para proteger las libertades de las personas. Por su parte, el artículo 4 dispone que lo establecido en la Constitución prevalecerá sobre las normas que le sean contrarias. Por ello las normas que se opongan a la libertad son incompatibles con el marco constitucional. El artículo 5 al reconocer, sin distinguir, la primacía de los derechos fundamentales también da cuenta de la prevalencia que tiene la libertad en el ordenamiento. De igual forma, el artículo 6 reconoce la libertad esencial de las personas cuyo límite es la ley. Posteriormente, en el Título II resalta en el artículo 13 que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y en consecuencia gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación. En este punto es preciso advertir que la garantía de estas libertades puede suponer una acción positiva del Estado directamente encaminada a lograr que las personas puedan vivir con el mayor grado de libertad posible sin estar determinadas por factores específicos.

También el artículo 15 destaca el respeto de la libertad en el tratamiento de datos personales. Luego, el artículo 16 consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuyo límite son los derechos de los demás y el orden jurídico. El artículo

⁴⁹ Ver. Artículo 44 de la Constitución Política de Colombia

⁵⁰ Ver. Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa

17 prohíbe la esclavitud, la servidumbre y cualquier forma de trata de personas, mientras que el artículo 18 consagra la libertad de conciencia y el 19 la libertad de cultos que es una manifestación de la anterior. Luego, el artículo 20 trata sobre la libertad de expresión, el 24 sobre la libertad de locomoción, el 26 sobre la libertad de escoger profesión u oficio, el 27 de la libertad enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra. Enseguida los artículos 28, 29 y 30 tratan sobre la prohibición de molestar, arrestado o detenido sin orden de autoridad judicial, las garantías del debido proceso, y el derecho de invocar el habeas corpus. Por su parte, los artículos 37, 38 y 39 establecen la libertad de reunión y manifestación pública pacífica, la libertad de asociación para el desarrollo de actividades en sociedad, y la libertad sindical. Así mismo, el artículo 44 reconoce las libertades de la niñez y la adolescencia. Además de estas disposiciones, la Carta Política consagra otras que resultan igualmente importantes. Así mismo, toda la parte orgánica de la Constitución debe ser interpretada en clave de la libertad que se busca proteger.

Los tratados internacionales de protección de derechos humanos también incorporan múltiples normas orientadas a proteger la libertad de las personas. Tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos que reconoce la libertad inherente de las personas y sus diferentes facetas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 24, 27, 28, 29, 30. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos reconoce la libertad en su Preámbulo y en sus artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 18, 19, 21, 22 y 23. De otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos hace lo propio en los artículos 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 15, 16, 17 y 22.

Por su lado, la Corte Constitucional ha precisado que la libertad es un eje definitorio de la Carta de 1991. Sobre ésta, ha resaltado su triple carácter como valor, como principio y como derecho. También ha manifestado que constituye un auténtico presupuesto para la eficacia de los demás, y es fundamento de la vida en sociedad. En sentencia C-879 de 2011 indicó lo siguiente:

*«En primer lugar, el Preámbulo de la Constitución señala la libertad como un valor superior del ordenamiento jurídico, en esta proclamación se ha visto el reconocimiento de una directriz orientadora en el sentido que la filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria. Igualmente el artículo 2 de la Constitución indica que las autoridades están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades. Desde esta perspectiva la libertad se configura como un contenido axiológico rector del sistema normativo y de la actuación de los servidores públicos, del cual, en todo caso, también se desprenden consecuencias normativas en la interpretación y aplicación, no sólo del texto constitucional, sino del conjunto de preceptos que conforman el ordenamiento jurídico colombiano, que deben ser leídos siempre en clave libertaria».*⁵¹

Con fundamento en lo anterior, es evidente que la libertad, además de ser un eje definitorio de la Constitución Política tiene diferentes características y facetas. Algunas

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-879 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

de las manifestaciones de la libertad se pueden suspender o limitar, mientras que otras son específicamente intocables. Según lo señaló en la sentencia C-328 de 2016:

«La Corte ha sostenido una línea jurisprudencial constante y uniforme que identifica los derechos fundamentales de los internos y los clasifica en tres grupos: Los derechos suspendidos: como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo cual tiene justificación constitucional y legal a partir del cumplimiento de los fines de la sanción penal. En este grupo se encuentran la libre locomoción y los derechos políticos como el sufragio, entre otros.

Los derechos restringidos o limitados: por la especial situación de sujeción de los internos con el Estado, la cual se fundamenta en la contribución al proceso de resocialización del condenado, la garantía de la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles. Entre este grupo se encuentran los derechos a la intimidad personal y familiar, de reunión, de asociación, al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, al trabajo y a la educación entre otros. Debe aclararse que la validez constitucional de las limitaciones a estos derechos depende de la observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por último se encuentran los derechos intocables o intangibles: es decir, aquellos conformados por los derechos fundamentales de la persona privada de la libertad que permanecen intactos, porque encuentran su fundamento en la dignidad del ser humano y no pueden ser limitados ni suspendidos, no obstante que su titular se encuentre sometido al encierro. Son ejemplos de aquellos la vida, la integridad personal, la dignidad, la igualdad, la salud, de petición y el debido proceso, entre otros. En definitiva, la especial situación de sujeción entre los internos y el Estado generan fuertes tensiones sobre sus derechos, debido a que son penalmente responsables de cometer una conducta punible y han sido condenados a una pena de prisión, lo que les genera una suspensión y restricción de algunos de sus derechos. Sin embargo, aquellas garantías constitucionales inherentes a la dignidad del ser humano, permanecen intactas y el Estado está obligado a procurar su respeto y protección».⁵²

Si se observa, la suspensión de los derechos encuentra su fundamento en la necesidad de cumplir los fines de la pena impuesta. Dicho de otro modo, la suspensión de estas libertades encuentra su razón de ser sólo en el desarrollo de un proceso que conlleve a la resocialización del condenado como finalidad esencial de la pena. En ningún evento las libertades pueden quedar anuladas como resultado de imposición de la pena privativa de la libertad. La suspensión tiene por esencia un carácter temporal pues reconoce que las libertades inherente al individuo no pueden ser abolidas porque con ello se estaría negando la humanidad de la persona misma. Por este motivo, la Corte ha sido categórica en afirmar que únicamente resulta compatible la suspensión de unos derechos que no su anulación.⁵³ En lo que respecta a los derechos restringidos y los intocables, aunque la Corte especifica las condiciones de su ejercicio y garantía mientras que el condenado permanezca privado de la libertad; en la práctica esto no sucede.⁵⁴ Actualmente, se vive en un estado de cosas inconstitucional en el que los reclusos viven

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-328 de 2016 M.P. Gloria Stella Díaz Delgado

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

en condiciones infrahumanas y muchas de sus libertades se ven amenazadas por una multiplicidad de factores que no se han podido superar hasta el momento.⁵⁵ Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta como condiciones que agravan la violación de los derechos humanos y las libertades individuales, frente a la eventual imposición de una cadena perpetua.

ii. La permisión de la cadena perpetua afecta la libertad como eje definitorio de la Constitución

Como referí anteriormente, en virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2020, el Congreso de la República eliminó una de las penas prohibidas que se establecían en el inciso primero del artículo 34 de la Carta Política. Adicionalmente, agregó una disposición de acuerdo con la cual se permite la imposición de la prisión perpetua a las personas que sean condenadas por delitos de homicidio en modalidad dolosa, o de acceso carnal que implique violencia o involucre la incapacidad de resistir, siempre que las víctimas -que no necesariamente los sujetos pasivos-, sean niñas, niños o adolescentes. También incorporó un control automático de la sentencia por parte del superior jerárquico. Lo anterior, como mecanismo de control dentro de la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal, sin que ello necesariamente conduzca a la revocatoria de la sentencia. También incorpora una revisión de la pena que debe ocurrir no antes de veinticinco años. Esta posibilidad de revisión no supone que la sentencia vaya a ser revocada. Nuevamente, es chocante que el acto reformativo de la Constitución trate sobre la resocialización y al mismo tiempo permita la prisión perpetua. Como se refirió anteriormente, la resocialización es una finalidad esencial de la pena por cual no puede ser dejada al azar.

De acuerdo con lo anterior, resulta manifiesto que el Acto Legislativo No. 1 de 2020 aniquila el carácter libertario de la Carta Política de 1991. Como anoté anteriormente, la Constitución reconoce la primacía de la libertad humana. Por este motivo, estableció prohibiciones expresas frente a las sanciones que la anulan por completo como es el caso de la prisión perpetua o el destierro. Era necesario brindar claridad acerca de la incompatibilidad de estas penas con un ordenamiento constitucional al servicio del individuo y del ejercicio de sus libertades. Como he mencionado antes, resulta posible suspender y limitar libertades a personas que han incurrido en las más graves ofensas contra los bienes que protege el ordenamiento.⁵⁶ Sin embargo, estas suspensiones y limitaciones deben estar circunscritas al cumplimiento de la finalidad última de la pena, cual es la resocialización del condenado.⁵⁷

La cadena perpetua supone un viraje de la suspensión y limitación de las libertades a una anulación absoluta de las mismas, debido a que no existe interés por parte el Estado en que el condenado pueda recuperar su libertad y volver a convivir. Esta variación lleva a que se deje de reconocer al condenado como ser humano titular de derechos, y se le pase a tener como un objeto al que el Estado le ha privado a perpetuidad de la posibilidad de ejercer sus libertades y definirse de manera autónoma (*libertad in nuce*).

⁵⁵ Ver. Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁵⁷ Numeral 6 del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)

iii. El Acto Legislativo No. 1 de 2020 sustituye la Constitución Política

La circunstancia anteriormente descrita constituye en sí misma una sustitución de la Constitución. Ciertamente, altera de forma radical un elemento de la identidad de la Carta de 1991 que permea todo su contenido. Admitir la posibilidad que a una persona que ha cometido graves delitos se le puedan anular a perpetuidad algunas de sus libertades fundamentales, invierte por completo la función que está llamado a cumplir el Estado. En lugar de cumplir su promesa de proteger la libertad de las personas, el Estado ha determinado que existen eventos para que se extingan por completo las libertades de algunas. Esto se opone por completo al espíritu libertario de la Constitución Política que reconoce sin condicionamientos la primacía de los derechos y las libertades humanas.

El Estado colombiano por medio un poder constituido niega de forma permanente el reconocimiento de la condición humana de individuos que han incurrido en graves delitos contra la vida y la libertad y formación sexuales. Esto desdice por completo la obra constituyente de 1991, e instaura un nuevo régimen en el que el Estado se abroga la facultad determinar a quién protege y reconoce como ser humano, y a quién le niega esta posibilidad. El Estado al servicio del pueblo, ha pasado a ser el Estado que determina a quién reconoce como sujeto de protección.

Dado que la pena de prisión perpetua no tiene una finalidad resocializadora, comoquiera que busca aislar permanentemente de la sociedad al condenado, anula las libertades del condenado. Esta violación permanente de los derechos del condenado no es compatible con el pilar fundamental de la libertad. Por esta razón, no se puede sostener que a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2020, se esté ante la misma Constitución Política de 1991, de la cual la libertad es uno de sus ejes esenciales.

Finalmente, es preciso anotar que aunque el Acto Legislativo 01 de 2020 haya adoptado la pena perpetua con la obligación de revisar a los veinticinco (25) de la condena el estado de resocialización de la persona privada de la libertad, esto no excluye el efecto sustitutivo de la Constitución. En primer lugar, argüir que por esta obligación esta reforma no busca adoptar una sanción permanente resulta ilógico, teniendo en cuenta que el adjetivo perpetuo que califica la pena significa que tiene una duración de por vida.⁵⁸ Sobre esta contradicción se pronunció en salvamento de voto el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Gustavo Gómez Velásquez, en 1989 cuando en el marco del estado de sitio bajo la vigencia de la Constitución de 1886 se declaró constitucional el Decreto 2490 de 1988 que adoptaba la prisión perpetua, en la Sentencia 1892 de 1989. En el salvamento de voto, el Magistrado señaló la contradicción que hay en de sostener que esta pena es perpetua y a su vez temporal teniendo en cuenta la eventualidad de la revisión de la pena.⁵⁹

La obligación de revisar la pena de prisión perpetua, no garantiza que se conceda la libertad, sino que condiciona la libertad del interno al evento azaroso de que se le

⁵⁸ Op. Cit. Angélica María Pardo López, Ana Lucía Moncayo Albornoz, Ángela Marcela Olarte Delgado.

⁵⁹ Salvamento de voto del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1892 de 1989. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. 27 de marzo de 1989.

considere efectivamente resocializado a los veinticinco (25) años de estar cumpliendo la pena. Teniendo en cuenta que la libertad es un derecho inalienable de los seres humanos, no es posible que su garantía dependa de un hecho azaroso como superar la revisión que crea el Acto Legislativo 01 de 2005, lo que lleva a que la obligación de revisión que impone este Acto Legislativo no sea más que una ilusión de la libertad, mas no una garantía. Así, la pena de prisión perpetua sustituye la identidad de la Constitución de 1991, la cual tiene como finalidad la protección y la garantía de la libertad de todas las personas sin discriminación alguna,⁶⁰ por una nueva Carta Política, en la que la libertad no es un derecho inalienable.

A lo anterior, se debe sumar la consideración anteriormente expuesta sobre el estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario de Colombia. Esto resulta especialmente relevante porque en este escenario además de negarse de forma permanente los derechos susceptibles de ser suspendidos, también cercenarían los derechos intocables de los condenados, aspecto que raya por completo con la libertad como pilar fundamental de la Carta de 1991.

3. Sometimiento al derecho internacional como eje definitorio de la Constitución de 1991

i. Las relaciones exteriores del Estado colombiano se fundamentan en el reconocimiento de los principios del derecho internacional, la integración latinoamericana y el respeto de los derechos humanos

El reconocimiento de los principios del derecho internacional y la garantía y respeto de los derechos humanos son eje fundamental de la Constitución Política de 1991. Desde la adopción de la Carta, Colombia se ha reconocido como un miembro activo de la comunidad internacional, y ha dado una importancia preeminente a los esfuerzos para avanzar en el manejo de sus relaciones internacionales. El respeto a los derechos humanos contenidos en los tratados y convenios internacionales permea toda la Constitución. Además, las disposiciones de estos instrumentos precisan los derechos que se le reconocen a la población. De igual forma, imponen obligaciones de respeto y promoción a todos los órganos del poder público. La prevalencia que la Constitución de 1991 le da al respeto de los derechos humanos se reafirma en la existencia del Bloque de Constitucionalidad. Todo lo anterior da cuenta que el respeto por derecho internacional es uno de los elementos de la identidad del Estado colombiano.

Desde el mismo Preámbulo de la Constitución se advierte que es un fin manifiesto del constituyente, impulsar la integración de Colombia con la región latinoamericana. Así mismo, el artículo 9, contenido en el Título I «*De los principios fundamentales*», consagra de forma expresa que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los principios del derecho internacional, y hace énfasis que la política exterior colombiana esté orientada hacia la integración con las demás naciones de América Latina y el Caribe. Las menciones del respeto por el derecho internacional como de la intención de buscar relaciones más estrechas y de unión con los demás estados de la región, tienen especial significación. Como ya se ha mencionado, el

⁶⁰ Esta finalidad, además de estar contenida en el Preámbulo, se reitera en el artículo 5 de la Constitución Política: «*El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad*».

Preámbulo tiene efectos normativos, comoquiera que delinea los propósitos del Estado colombiano, y está llamado a dar sentido y guiar el entendimiento de los demás artículos de la Carta. Adicionalmente, el hecho que el constituyente haya incluido en el Título I, el respeto de los principios del derecho internacional refleja una intención inequívoca de Estado de someterse a un ordenamiento internacional que propugna por el respeto de los derechos humanos.

Por otra parte, el respeto al derecho internacional, y específicamente a los derechos humanos se incluye también en mandatos específicos contenidos en diferentes disposiciones de la Constitución Política, como es el caso del artículo 67, que indica que la educación debe formar a los colombianos en el respeto de los derechos humanos. Así mismo, el artículo 95 en su numeral 4 establece que es un deber y obligación de los ciudadanos «[d]efender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica».⁶¹ Este mandato se encuentra replicado en el artículo 118 sobre las funciones del Ministerio Público. Por otro lado, el artículo 164 dispone que el Congreso debe darle trámite prioritario a los proyectos de ley de aprobación de tratados de derechos humanos. Lo anterior, se complementa con el numeral 16 del artículo 150, que establece que el Congreso expedirá las leyes aprobatorias de tratados internacionales, específicamente con miras a consolidar las relaciones con otros Estados. Lo anterior revela que el respeto por los derechos humanos y los principios del derecho internacional no se reduce a una simple enunciación, sino que se materializa en diferentes obligaciones asignadas a los diferentes órganos del Estado.

La Constitución dedica el Capítulo 8 de su Título VII a establecer cómo deben llevarse a cabo las relaciones internacionales del Estado Colombiano. En este capítulo se crea la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores de la Presidencia de la República, y se resalta la importancia que el respeto del derecho y las relaciones internacionales deben jugar en el actuar de la cabeza de la rama ejecutiva del poder público. Así mismo, el artículo 226 estipula que el Estado debe promover «la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional».⁶² En ese espíritu de internacionalización, también se encuentra el artículo 227 en el que se establece que el Estado debe promover la integración económica, social y política con las demás naciones, pero de forma especial con los países de América Latina y el Caribe. Así mismo, este artículo señala que dicha integración debe hacerse mediante la celebración de tratados internacionales, la creación de organizaciones supranacionales, e inclusive de una comunidad latinoamericana de naciones.

En consonancia con el preámbulo, el artículo 9 y el artículo 227, la Constitución Política de 1991 proclama la integración con las demás naciones de Latino América y el Caribe, como uno de sus fines y pilares esenciales. Tan importante es lo anterior, que el artículo 227 expresamente incluye la posibilidad de crear organizaciones supranacionales, e incluso un parlamento latinoamericano. La Corte Constitucional en sentencia C-633 de 2011, en la que declara la exequibilidad del Tratado de Constitución de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), señala que las disposiciones de la Constitución sobre la integración latinoamericana y caribeña, corresponde al reconocimiento de la tradición del pensamiento del Libertador Simón Bolívar sobre la

⁶¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 95

⁶² Ibid. Artículo 226.

integración de la región no sólo como una necesidad, sino como una oportunidad para impulsar el progreso y el bienestar.⁶³

Así, la Corte Constitucional señala que desde la Asamblea Nacional Constituyente, hubo claridad sobre la necesidad de incluir en la Constitución la integración latinoamericana como expresión de la política exterior, al considerarla imperativa para potenciar la capacidad negociadora de América Latina, y para enfrentarse con los desafíos del orden mundial. De esta forma, los delegatarios a la Asamblea entendieron que para lograr este fin, serían necesarias organizaciones supranacionales y un derecho comunitario que las regulara, lo cual queda expresamente plasmado en el artículo 227.⁶⁴ De esta finalidad se advierte la importancia para tiene para Colombia organismos regionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al igual que los tratados que le sirven de fundamento como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En adición a lo anterior, los artículos 93 y 214 de la Constitución reconocen de forma inequívoca la relevancia de los principios del derecho internacional, y del respeto por los derechos humanos. La Constitución Política de 1991 crea el concepto de Bloque de Constitucionalidad, el cual de acuerdo con la Corte se compone de:

*«aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu».*⁶⁵

El Bloque de Constitucionalidad es un elemento propio de la Constitución de 1991 y ejemplo del compromiso con el respeto y garantía de los derechos humanos. Éste, encuentra su fundamento en el artículo 93 que establece que los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en el estado de excepción, prevalecerán en el ordenamiento interno. En otras palabras, las disposiciones de los tratados que cumplan con estas condiciones se incorporan como normas con el mismo nivel jerárquico que las demás normas constitucionales. Adicionalmente, el artículo 93 estipula que los derechos y deberes consagrados en la Constitución deben interpretarse conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados por Colombia. El efecto inmediato del Bloque de Constitucionalidad es el de armonizar la Carta con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y hacerlos aplicables en el ordenamiento interno. Por otro lado, el numeral 2 del artículo 214 de la Constitución, el cual regula los estados de excepción, indica que *«[n]o podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario».*⁶⁶ De este artículo se desprende que el compromiso del Estado colombiano

⁶³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-633 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁶⁶ Constitución Política de Colombia. Artículo 214

con el cumplimiento de los derechos humanos es tal que ni siquiera en los estados de excepción está permitido su suspensión, lo que demuestra que los derechos humanos consignados en los tratados internacionales tienen la misma validez que los derechos y libertades consagrados expresamente en la Carta. Lo anterior, refleja que la garantía de los derechos humanos es un eje tan esencial y definitorio de la Constitución de 1991, que por medio del Bloque Constitucional permite su constante expansión y actualización, y que a su vez, el cumplimiento de estas prerrogativas no puede interrumpirse ni siquiera durante la vigencia de los estados de excepción.

De lo anteriormente descrito, es evidente que el sometimiento a los principios del derecho internacional y la garantía de los derechos humanos son un eje definitorio y esencial que hacen parte de la identidad de la Constitución Política de 1991. Esto, comoquiera que estos principios se encuentran consignados en varios de los artículos de la Carta, en diferentes títulos y capítulos, pero además se encuentran especialmente consagrados en el Preámbulo y en el artículo 9, los cuales estipulan los fines del Estado, y dan sentido a la Constitución. Así mismo, el Bloque de Constitucionalidad, le da aplicación a este eje definitorio al incorporar en el mismo nivel jerárquico varias disposiciones de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

La permisión de la cadena perpetua so pretexto del carácter prevalente de los derechos y del interés superior del niño⁶⁷, sustituye la prohibición contenida en el artículo 34 de la Constitución Política del 91 e incorpora un nuevo principio de carácter vindicativo de la pena propio de las corrientes que en el mundo abogan por la pena de muerte.

Con ocasión de la aprobación Revisión constitucional del “Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de Diciembre de 1989 y de la Ley 297 del 17 de julio de 1996”⁶⁸ La Corte Constitucional precisó: *“...se ha recurrido a consideraciones de prevención especial negativa para defender la pena capital, con el argumento de que existen delincuentes irrecuperables que deben ser eliminados de la sociedad para evitar futuros males a otros ciudadanos. Sin embargo, ese razonamiento es lógicamente discutible, pues no sólo presupone que es posible determinar al momento de imponer la sanción quienes van a reincidir y quienes no, lo cual se ha revelado falso, sino que además desconoce que existen medidas alternativas de rehabilitación. Además, y más grave aún, se olvida que el delincuente también tiene derecho a la vida, por lo cual, en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y*

⁶⁷INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE EN CÁMARA – SEGUNDA VUELTA

Proyecto de Acto Legislativo 001 de 2019 cámara (acumulado con el proyecto de acto legislativo 047 de 2019 cámara) - proyecto de acto legislativo 021 de 2019 senado “por medio del cual se modifica el artículo 34 de la constitución política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable” – en memoria de gilma jiménez. camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2020-4/PLA%20PRISION%20PERPETUA%20PRIMER%20DEBATE%20SEGUNDA%20VUELTA%20abril%202020_0.docx

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, 19 de marzo de 1997.

dignidad. El objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Así, de manera expresa, el artículo 10 numeral 3° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, consagra que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados (subrayas no originales). En ese orden de ideas sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital. Sobre la función de la ejecución de la pena en el Estado Social de Derecho, esta Corte Constitucional ha dicho:

La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental de la dignidad (CP art. 1°), 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."

ii. La permisión de la cadena perpetua afecta el sometimiento al derecho internacional, la garantía de los derechos humanos y la integración latinoamericana como eje definitorio de la Constitución

A partir de la anterior descripción sobre el sometimiento del Estado colombiano al derecho internacional y a la protección de los derechos humanos como eje definitorio de la Constitución Política de 1991, es necesario examinar cómo el Acto Legislativo No. 1 de 2020 lo desfigura por completo.

Para realizar este análisis es necesario tener en cuenta que la sustitución ocurre en la medida en que la adopción de la pena de prisión perpetua es contraria a varias disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, específicamente al artículo 7 y al numeral 3 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y los numerales 2 y 6 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En consecuencia, no es posible sostener que Colombia esté respetando los principios de derecho internacional y garantice los derechos humanos, si en la Constitución hay disposiciones que transforman la identidad de la Carta Política de 1991.

El artículo 7 del PIDCP establece la prohibición del Estado de someter a las personas a torturas, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta prohibición se replica en el numeral 2 del artículo 5 de la CADH. Frente a este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Sentencia Mendoza y otros vs. Argentina, condenó al Estado argentino por incumplir con la prohibición del numeral 2 del artículo 5 de la CADH, al haber sometido a un grupo de personas menores de dieciocho años a la pena de prisión perpetua. En esa oportunidad, la Corte IDH expresó

la prohibición de someter a las personas a penas, crueles, inhumanas y degradantes, y refirió que el «*el carácter dinámico de la interpretación y aplicación de esta rama del derecho internacional ha permitido desprender una exigencia de proporcionalidad de normas que no hacen ninguna mención expresa de dicho elemento*». ⁶⁹ Así mismo, la Corte IDH indicó que el objeto de esta prohibición se ha ido extendiendo a otros campos como el de las sanciones que imponen los Estados a quienes cometen delitos, señalando que «[l]os castigos corporales, la pena de muerte y la prisión perpetua son las principales sanciones que son motivo de preocupación desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos» (Subrayas no originales). ⁷⁰ Por lo tanto, para la Corte IDH, las penas desproporcionadas como la cadena perpetua, constituyen penas crueles, inhumanas y degradantes.

En la Sentencia Mendoza y Otros vs Argentina, la Corte IDH señaló que la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos es dinámica y se encuentra en constante evolución. De esta forma, penas que en una época se consideraban justas como la pena de muerte, hoy en día se considera desproporcionadas y han sido erradicadas de los países que ratificaron la CADH y sobre los cuales la Corte IDH tiene jurisdicción. Así mismo, la Corte IDH expresa que la pena de prisión perpetua es de especial preocupación para el derecho internacional de los derechos humanos. Sobre este último punto, existe una clara tendencia en América Latina hacia la humanización de las sanciones penales. Lo anterior se ejemplifica con la abolición de la pena de muerte en Chile en el 2001, y con la corriente de eliminación de la prisión perpetua de las legislaciones nacionales, comoquiera que los únicos Estados de la región que la mantienen son Honduras, Perú, Chile, Argentina y México. Sin embargo, en el caso mexicano, la prisión perpetua es permitida en algunos Estados como Chihuahua, pero la regla general sigue siendo su prohibición. La tendencia abolicionista de la pena de prisión perpetua en la región refleja que existe una evolución en las percepciones nacionales hacia considerarla como una pena tan cruel, inhumana y degradante, que debe retirarse de las legislaciones nacionales. Así mismo, cabe mencionar que los Estados que han eliminado estas sanciones, no podrían reinstaurarlas debido a que contravendría la interpretación dinámica que la Corte IDH da al numeral 2 del artículo 5 de la CADH sobre la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes. De esta forma, traer nuevamente una sanción de privación perpetua de la libertad, contraviene la tendencia regional, y dificulta la integración en materia social, política y de cumplimiento de derechos humanos.

Este análisis que realizó la Corte IDH, guarda similitudes con el que adelantó la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en *Roper v. Simmons*, ⁷¹ cuando se declaró inconstitucional la pena capital para personas menores de edad legal. En esa providencia, la Corte Suprema determinó que en la interpretación de las disposiciones constitucionales debe tener en cuenta la evolución de los «*estándares de decencia*» que caracterizan el proceso de una sociedad madura para determinar cuáles penas son tan

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Mendoza y Otros vs de Argentina. Sentencia del 14 de mayo de 2013.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Caso *Roper v. Simmons*. Octubre de 2004. J. Kennedy

desproporcionales que deben ser consideradas como crueles e inhumanas.⁷² De esta forma, la Corte Suprema encontró que había una tendencia entre los Estados de prohibir en sus legislaciones locales la pena de muerte para menores de la edad legal. Adicionalmente, en la sentencia la Corte Suprema indicó que la inmensa mayoría de los Estados de la comunidad internacional prohíben esta sanción. Por este motivo, concluyó que los estándares de decencia de la sociedad habían evolucionado, al punto que la aplicación de esta sanción constituía una pena cruel e inhumana. Lo propio se predica de la cadena perpetua en el sistema interamericano de derechos humanos.

La Constitución de 1991 en su texto original hace parte del movimiento de naciones latinoamericanas que consideran la prisión perpetua una pena cruel e inhumana. Al respecto, vale traer a colación la sentencia C-565 de 1993 en la que se declara la exequibilidad de la Ley 40 de 1993 que aumenta la pena máxima de privación de la libertad para el delito de secuestro extorsivo hasta sesenta (60) años. En esa providencia, la Corte Constitucional rechazó el argumento según el cual el aumento de pena era equivalente a la prisión perpetua, y sobre éstas señaló que

«De otra parte, conviene destacar que en cuanto hace a los convenios y tratados de Derecho Internacional sobre Derechos Humanos suscritos por Colombia, estos propugnan que los países que los han aprobado y ratificado eliminen de su legislación normas relacionadas con la pena de muerte y la cadena o prisión perpetua -como así lo hace nuestra Constitución en su artículo 34-.

Pero ello no es óbice para que los distintos países puedan imponer límites mínimos o máximos a la duración de las penas. Y, más concretamente a las sanciones privativas de la libertad. La dosificación de las penas se deja en manos de legislador, quien según el tipo de delito y las circunstancias de la realidad nacional, fija unos topes a las penas aplicables, desde luego con estricta sujeción a los mandatos de la Constitución (...). ⁷³ (Subrayas no originales)

De este examen, se evidencia que existe consciencia de que el derecho internacional de los derechos humanos propugna por la prohibición de la pena de prisión perpetua, y que de acuerdo con esa evolución del derecho internacional, la Constitución Política de 1991 prohibió expresamente estas penas. A esto se le debe sumar que tanto el numeral 3 del artículo 10 del PIDCP⁷⁴, y el numeral 6 del artículo 5 de la CADH⁷⁵, expresamente indican que la finalidad esencial de la pena es la reforma y readaptación social de los penados, objetivo que resulta incompatible con la prisión perpetua. Este

⁷² En la versión original en inglés de la sentencia: *«this Court has established the propriety and affirmed the necessity of referring to “the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society” to determine which punishments are so disproportionate as to be “cruel and unusual”»*

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara

⁷⁴ El numeral 3 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *«El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.»*

⁷⁵ El numeral 6 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *«Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.»*

mandato se viola por completo comoquiera que la prisión perpetua anula la posibilidad de resocializar al condenado.

La prohibición original del artículo 34 de la Constitución de 1991, responde no sólo a las corrientes regionales de humanización de las penas privativas de libertad, sino a la necesidad de cumplir con el propósito del derecho internacional de los derechos humanos de eliminar la pena de prisión perpetua, considerada desproporcionada, y por ende, cruel, inhumana y degradante. Por consiguiente, permitir nuevamente la prisión perpetua, va en contravía con la interpretación dinámica de las obligaciones de derechos humanos, que como lo indicó la Corte IDH y la Corte Constitucional, conllevan a entender que esta sanción es una pena cruel, inhumana y degradante, ante la evolución de los estándares de la región, comoquiera que no permite la resocialización del penado, como lo exige el propio derecho internacional de los derechos humanos.

A partir de lo anterior, introducir una pena de prisión perpetua, contradice diametralmente la prohibición frente a este tipo de sanciones, al igual que la pretensión del derecho internacional de los derechos humanos de humanizar el derecho penal y eliminar las penas que no busquen reformar y readaptar a los penados. En efecto, esta contradicción conlleva a un Estado a un incumplimiento de sus obligaciones y a un retroceso en el sometimiento al derecho internacional, a la garantía de los derechos humanos y a la integración latinoamericana. Por lo tanto, su adopción sustituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991 como es el sometimiento al derecho internacional.

iii. El Acto Legislativo No. 1 de 2020 sustituye la Constitución Política

Habida cuenta de los argumentos anteriormente expresados, es evidente que la introducción de la pena de prisión perpetua realizada por el Congreso de la República mediante el Acto Legislativo No. 1 de 2020 sustituye la Carta Política de 1991. Esto, debido a que anula el respeto por el derecho internacional, la garantía de los derechos humanos, e incluso aleja al Estado colombiano de la integración latinoamericana en términos políticos, sociales y derechos humanos.

Como se anunció anteriormente, la adopción del Acto Legislativo No. 1 de 2020 deja al Estado colombiano en una situación de incumplimiento del derecho internacional y garantía de los derechos humanos. Esta situación se opone a lo que propugna este pilar de la Constitución anteriormente descrito, puesto que no puede predicarse el sometimiento al derecho internacional y el respeto por los derechos humanos, si la Constitución incluye una disposición que es contraria a estos. De igual forma si se considera que en América Latina y el Caribe hay una tendencia hacia la humanización de las penas, ejemplificada en la abolición de la pena de muerte en el 2001 en Chile, y la prohibición de la pena de prisión perpetua en la mayoría de Estados de la región; la decisión adoptada por el Congreso de la República es regresiva en la medida en que reincorpora una medida cruel, inhumana y degradante, que viola derechos humanos y obstaculiza los esfuerzos de integración con la región latinoamericana y el Caribe en materia social y política. En síntesis, anula este elemento de la esencial de la Carta.

Como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-565 de 1995 la prohibición de la pena de prisión perpetua establecida en la Constitución de 1991, respondía a la necesidad de cumplir con los desarrollos del derecho internacional de los derechos

humanos, que consideran que las sanciones que no tienen como fin la resocialización del penado, son penas crueles, inhumanas y degradantes, por lo que los diferentes instrumentos de derechos humanos han propugnado porque los Estados eliminen estas sanciones de sus legislaciones.⁷⁶ Este mismo argumento es retomado por la Corte IDH en la Sentencia *Mendoza y Otros vs Argentina*, donde se indica que la interpretación dinámica que exige el derecho internacional de los derechos humanos conlleva a considerar la prisión perpetua una pena cruel, inhumana y degradante.⁷⁷ Así, la adopción del Acto Legislativo No. 1 de 2020 trae al sistema constitucional colombiano una sanción que se considera cruel, inhumana y degradante, en abierta violación del principio de la interpretación dinámica y evolutiva de los derechos humanos que la Corte IDH reconoció al artículo 5 de la CADH. De esta forma el eje definitorio del sometimiento al derecho internacional y las garantías los derechos humanos, resulta sustituida por un acto del constituyente derivado, lo que constituye una violación de los límites del poder de reforma constitucional.

Por otra parte, el Congreso de la República se extralimitó en el ejercicio del poder de reforma constitucional, porque reemplazó uno de los ejes definitorios de la Constitución de 1991, al adoptar una disposición que es abiertamente contraria a tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia y cuyas disposiciones hacen parte del Bloque de Constitucionalidad. De esta forma, el Acto Legislativo No. 1 de 2020, introduce una disposición que es contraria al numeral 3 el artículo 10 del PIDCP y al numeral 6 del artículo 5 de la CADH, los cuales estipulan que la finalidad de las pena debe ser la reforma y readaptación del condenado.

El Acto Legislativo No. 1 de 2020 modifica obligaciones de tratados internacionales, lo que conlleva a que la Carta Política contenga disposiciones que se contradicen entre sí. Por un lado, el nuevo texto del artículo 34 que permite la imposición de la prisión perpetua, y por otro, dos tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia, prohíben las sanciones penales que no busquen la resocialización del penado, al igual que las penas crueles, inhumanas y degradantes. Lo anterior pone de presente que el Acto Legislativo No. 1 de 2020 ha sustituido el eje esencial de sometimiento al derecho internacional y de cumplimiento del derecho internacional.

En suma, la introducción de la prisión perpetua por el Congreso de la República mediante el Acto Legislativo No. 1 de 2020, sustituye el eje fundamental y definitorio del sometimiento al derecho internacional, la garantía de los derechos humanos y la integración latinoamericana y caribeña, haciendo el irreconocible la identidad de la Constitución Política de 1991 en el nuevo texto constitucional. Lo anterior, debido que el Acto Legislativo contraviene las obligaciones de derechos humanos adquiridas por Colombia con la ratificación del PIDCP y la CADH, por lo que no se puede sostener que el nuevo texto constitucional refleje el sometimiento del Estado colombiano al derecho internacional y a la garantía de los derechos humanos.

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: *Mendoza y Otros vs de Argentina*. Sentencia del 14 de mayo de 2013.

4. Violación de los derechos prevalentes de niñas, niños y adolescentes

i. La adopción de las medidas apropiadas para lograr la protección integral de la infancia y la adolescencia constituye un rasgo de la identidad de la Constitución de 1991

La protección integral y la prevalencia de los derechos de niñas, niños y adolescentes constituye una de las características de la esencia de la Carta de 1991. A diferencia de las constituciones que la precedieron, la del 91' ubica a la niñez y a la adolescencia en el centro, al tiempo que reafirma el deber del Estado, la familia y la sociedad de asistir y proteger a esta población para garantizarle su adecuado desarrollo y el pleno ejercicio de sus derechos.⁷⁸

En el texto constitucional son múltiples las provisiones constitucionales que confirman que el anterior es uno de los ejes definitorios del ordenamiento colombiano. El reconocimiento que hace el artículo 5 de la familia como institución básica de la sociedad tiene espacial significado si se considera que es el primer entorno de protección de la infancia y la adolescencia. De ahí, que el deber de amparo que se consagra esté íntimamente ligado con la necesidad de garantizar los derechos de esta población. Por otro lado, el artículo 10 resalta la importancia de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, entre otras mediante la garantía de enseñanza de la lengua y tradiciones propias. El reconocimiento de la vida como derecho inviolable en el artículo 11 y las disposiciones consignadas en el artículo 13 orientadas a proteger de forma especial a las personas que por su condición, económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, resaltan la necesidad de promover acciones específicas para asegurar la igualdad real de esta población comoquiera que se encuentra sujeta a especial protección.

De igual forma, el reconocimiento del derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a las libertades de conciencia, de expresión, de enseñanza, asociación, del derecho de petición, de locomoción, al trabajo, al debido proceso de participación son especialmente relevantes. También, forma parte de este pilar fundamental de la Constitución, el artículo 42 que reafirma la importancia de la familia como núcleo de la sociedad y establece con claridad que *«cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley»*.⁷⁹

Sin embargo, es el artículo 44 el que con mayor claridad precisa los elementos estructurales de este eje definitorio de la Constitución. Esta disposición enuncia algunos de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, y reconoce que estos sujetos también son titulares de los derechos establecidos en otras normas y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Adicionalmente, establece el principio de prevalencia antes enunciado, el principio de exigibilidad, en virtud del cual cualquier persona podrá exigir la garantía de sus derechos y la sanciones a quienes los amenacen o vulneren, el de corresponsabilidad, y el de protección integral. En relación con este último, es preciso anotar que la Carta Política refiere las conductas que se deben evitar a toda costa con el propósito de asegurar el goce efectivo de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así: *«Serán protegidos contra toda forma de abandono,*

⁷⁸ Constitución Política. Artículo 44

⁷⁹ Ibid. Artículo 42

violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos». ⁸⁰ Esta manifestación reafirma el compromiso del Estado colombiano de implementar acciones adecuadas a fin de prevenir, o hacer frente a estas situaciones que afectan de manera grave los derechos y la integridad de la niñez y la adolescencia. Así mismo, se erige en un auténtico parámetro de la acción del Estado que deberá asegurar que todas sus actuaciones, incluyendo las del constituyente derivado deben estar en armonía con este propósito. De ahí que cualquier acción que contrarie este postulado contraría, o en su defecto sustituye la Carta Política.

Además de verificarse este pilar fundamental en diferentes artículos de la Constitución, adicionales incluso a los anteriormente mencionados; diferentes disposiciones del Bloque de Constitucionalidad dan cuenta del mismo. Específicamente el numeral 2 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos de Humanos establece que *«La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social»*. ⁸¹ Por su parte, el artículo 24 del PIDCP en su numeral 1 consagra que *«Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado»*. ⁸² Lo propio consigna el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en el numeral 3 del artículo 10 que dice: *«Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. (...)»*. ⁸³ En adición a las anteriores disposiciones el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece los siguientes dos ordinales:

«1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial». ⁸⁴

Este artículo resalta la importancia de asegurar que todas las medidas que se adopten en los diferentes órganos del Estado contribuyan al logro de la protección

⁸⁰ Ibid. Artículo 44

⁸¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos Artículo 25 numeral 2.

⁸² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 24

⁸³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10 numeral 3

⁸⁴ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 19

integral de la infancia y a la adolescencia. Por tanto, no es dable que los Estados implementen reformas, aún por la vía del poder constituyente derivado que impidan el logro de este propósito que es en sí mismo un pilar fundamental de la Constitución Política. Al efecto, conviene tener presente que el Comité de los Derechos del Niño ha expresado en el numeral 25 de la Observación No. 14 lo siguiente:

*«La obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño es un deber general que abarca a todas las instituciones públicas y privadas de bien-estar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los niños o les afecten. Aunque no se menciona explícitamente a los padres en el artículo 3, párrafo 1, el interés superior del niño será “su preocupación fundamental”».*⁸⁵

Por este motivo, todas las decisiones que de adopten deben estar fundadas en el interés superior de niñas, niños y adolescentes además de estar basadas en evidencia que permita advertir que la decisión o medida implementada es la más apropiada para lograr la garantía de sus derechos. La implementación de políticas, normas o actuaciones que pretendan proteger los derechos de esta población, pero no se basen en evidencia, ni resulten apropiadas para alcanzar las finalidades antes anotadas contraría de manera abierta este eje definitorio de la Constitución.

Frente al imperativo de garantizar la protección integral de niñas, niños y adolescentes, la Corte Constitucional ha sido enfática que el interés superior de niñas, niños y adolescentes se debe asegurar mediante la implementación de acciones basadas en un entendimiento del contexto y con un enfoque de derechos humanos, orientadas a la materialización efectiva de sus derechos. Así, en sentencia T-384 de 2018 el Alto Tribunal indicó:

*«De tal forma que, la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en derechos, para garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual de los niños, niñas y adolescentes, además de promover su dignidad humana».*⁸⁶

Con fundamento en lo anterior, resulta manifiesto que uno de los elementos de la esencia de la Constitución de 1991 es precisamente el mandato de adoptar las medidas apropiadas para lograr la protección integral de la infancia y la adolescencia. Por esta razón las determinaciones que no sean adecuadas al logro de este propósito contrarían el espíritu mismo de la Carta, y en caso de ser enmiendas sustituyen la Constitución por otra en que el interés superior y la protección integral de niñas, niños y adolescentes está supeditada a los intereses específicos de la política pública, o a otros.

ii. El establecimiento de la cadena perpetua afecta el logro de la protección integral de la infancia y la adolescencia

En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2020, el Congreso de la República eliminó una de las penas prohibidas que se establecían en el inciso primero del artículo 34 de la Carta Política. Adicionalmente, incluyó una disposición de acuerdo con la cual se

⁸⁵ Observación No. 14 a la Convención sobre los Derechos del Niño. Numeral 25

⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-384 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

permite la imposición de la prisión perpetua por los delitos de homicidio en modalidad dolosa, o de acceso carnal que implique violencia o involucre la incapacidad de resistir, siempre que las víctimas -que no necesariamente los sujetos pasivos-, sean niñas, niños o adolescentes. De acuerdo con el Congreso de la República, esta medida tiene como fundamento la protección de la infancia y al adolescencia, al tener un supuesto efecto disuasorio sobre la comisión de este tipo de delitos. Sin embargo, como refería anteriormente, el efecto inmediato de esta reforma es la sustitución de la Constitución Política de 1991.

A pesar de que el constituyente derivado manifiesta actuar en cumplimiento del mandato de protección especial de los derechos de niñas, niños y adolescentes; en realidad el Acto Legislativo dista de cumplir este propósito, al tiempo que sustituye la identidad de la Constitución de 1991. La aplicación de la prisión perpetua por la comisión de estos delitos tiene el efecto constitucional de impedir la realización del interés superior y la protección integral de niñas, niños y adolescentes. Como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-053 de 2016, a partir de los efectos constitucionales de la reforma, se puede advertir la extralimitación a la competencia del constituyente derivado.

La fundamentación del Acto Legislativo No. 1 de 2020, es la disuasión de la comisión de estos graves delitos, como mecanismo de protección de niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, esta medida dificulta la realización de los derechos de esta población, comoquiera que el incremento de las penas está más puede estar más fuertemente relacionado con el aumento de la impunidad, que con el desincentivo de la conducta punible. Como lo expresó la Alianza por la Niñez Colombiana, el 86% de los casos de abuso sexual contra infantes y adolescentes son perpetrados por personas con algún grado de relación con la víctima, esto es, por parientes, amigos conocidos,⁸⁷ con los cuales muchas veces la víctima guarda lazos de dependencia emocional o económica.^{88 89} Este hecho ha llevado a que exista un nivel de impunidad de más del 80%,⁹⁰ toda vez que existen pocos incentivos para denunciar dada la cercanía y

^{87 87} Esta cifra se obtuvo del Informe de la Alianza por la Niñez Colombiana titulado «*Violencia sexual contra la niñez colombiana: Periodo enero 2015 – junio 2019*», disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d962f394.pdf>. De acuerdo con este informe, el porcentaje de los principales agresores sexuales de niñas, niños y adolescentes en el periodo comprendido por este estudio son los siguientes: parientes 46%; pareja o expareja 7%; amigos 11%; conocidos 22%; y, otros 14%. De acuerdo con este estudio, estos datos fueron aportados a Alianza por la Niñez Colombiana por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en 2019, mediante comunicación escrita Oficio No. 307-2019-GCRNV-SSF

⁸⁸ Alianza por la Niñez. Intervención audiencia pública sobre proyecto reforma constitucional. 1 de junio de 2020.

⁸⁹ Susana Patricia Noguera Montoya. «*¿La cadena perpetua para violadores disminuirá los abusos sexuales contra niñas indígenas en Colombia?*». Agencia Anadolu. 4 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.aa.com.tr/es/mundo/-la-cadena-perpetua-para-violadores-disminuir%C3%A1-los-abusos-sexuales-contra-ni%C3%B1as-ind%C3%ADgenas-en-colombia/1899168>

⁹⁰ De acuerdo con los datos de la Fiscalía General de la Nación, para el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, desde 2010 hasta 2020 más del 80% de las noticias criminales por este delito no supera la etapa de indagación. Para el 2020 el porcentaje de casos que no supera la etapa de indagación se encuentra por encima del 90%, llegando al tope en junio y julio de 2020, en los que se registra un porcentaje de 93% y 94,1% respectivamente. Estos

dependencia con los victimarios, lo que implica una mayor exposición de la víctima a la estigmatización, al igual que a la posible pérdida de su fuente de sustento económico. La consecuencia previsible del aumento de las penas que trae consigo el Acto Legislativo No. 1 de 2020 no es otro que desincentivar las denuncias de casos de delitos contra niñas, niños y adolescentes que de suyo supone una disminución en la protección integral de la infancia y la adolescencia.

Al respecto conviene anotar que la Observación General No. 13 *«Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia»* del Comité de los Derechos del Niño, sobre la interpretación del artículo 19 de la CDN, subraya la importancia que los Estados aborden la problemática de la violencia contra niñas, niños y adolescentes desde un enfoque multisectorial para prevenir la violencia. Así mismo, frente a la intervención judicial, recomienda que esta sea de

«carácter preventivo, fomentar activamente un comportamiento positivo y prohibir los comportamientos negativos. La intervención judicial debe formar parte de un enfoque coordinado e integrado entre los diferentes sectores, prestar apoyo a los otros profesionales en su labor con los niños, los cuidadores, las familias y las comunidades y facilitar el acceso a toda la gama de servicios disponibles de atención y protección del niño.»⁹¹

Adicionalmente, esta Observación General señala que la intervención judicial puede consistir en procedimientos penales que *«deben aplicarse estrictamente para poner fin a la impunidad generalizada de que gozan, de jure o de facto, los autores de actos de violencia»⁹²*. Así mismo, se menciona la necesidad de contar con procedimientos eficaces que aseguren su aplicación, calidad, pertinencia, impacto y eficacia.⁹³ Contrario a todas estas recomendaciones y a la propia Carta de 1991, el Acto Legislativo No. 1 de 2020, es carente de evidencia, comoquiera que ignora cualquier consideración de derechos humanos y que tiende a agravar la problemática que se propone atender. Como he referido en líneas anteriores, la imposición de esta medida en vez de prevenir la comisión de este delito, tiene el efecto de directo de elevar las barreras para que estas conductas puedan ser debidamente investigadas y a la postre sancionadas.

Además de lo anterior, el Acto Legislativo No. 1 de 2020, desvía los esfuerzos y los recursos estatales que se deben dirigir a la protección integral de niñas, niños y adolescentes, al castigo de los perpetradores de los delitos que como referí anteriormente puede perpetrarse contra infantes, adolescentes e incluso adultos. Esto significa que la capacidad estatal se está concentrando en una política criminal cuya efectividad puede ser escasa, o incluso contraproducente. Lo anterior raya con las recomendaciones hechas en 2015 por el Comité de los Derechos del Niño a Colombia,⁹⁴ las cuales cuentan con el respaldo de organismos internacionales y organizaciones que

datos se obtuvieron de la base de datos disponible en el enlace: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>

⁹¹ Comité de Derechos de los Niños. Observación General No. 13 *«Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia»*.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuatro y quinto combinados de Colombia. 6 de marzo de 2015.

protegen los derechos de la infancia y la adolescencia.^{95 96} A manera de ejemplo, de acuerdo con un estudio de 2019 realizado por la Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, el costo promedio de mantener un preso asciende a los \$18.371.560 por año, por lo que se estima que el costo promedio de un preso en prisión perpetua equivale a \$643.000.000.⁹⁷ El estudio concluye el análisis de los costos de la siguiente manera:

*«con el dinero que le cuesta al Estado la manutención por cada cupo penitenciario de un condenado a prisión perpetua (\$ 643 millones de pesos sin incrementos anuales), se podrían financiar casi cuatro carreras universitarias completas (suponiendo que cada carrera -10 semestres- cueste en promedio 170 millones de pesos). En este caso, es irónico que el Estado invierta más recursos en los victimarios que en la rehabilitación, tutela y protección de los menores; o en educación, políticas sociales o incrementos de puestos de trabajo, etc.»⁹⁸
(Subrayas no originales)*

Sobre este punto, cabe anotar que el presupuesto nacional para el funcionamiento de las prisiones es de \$1.230.373.840.000⁹⁹, mientras que el presupuesto del 2020 para la protección y restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes es de \$770.383.371.000.¹⁰⁰ Los fondos que se invierten para mantener un sistema costoso, que deja a un lado a la víctima, podrían ser invertidos en mejorar los programas de protección y restablecimiento de derechos de las víctimas, consecuente con el principio de prevalencia de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Adicionalmente, este enfoque basado en la retribución al victimario ignora las recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño le hizo a Colombia en 2015. Éstas, en ningún momento sugirieron el aumento de las penas para los responsables de los delitos homicidio y acceso carnal contra niños, niñas y adolescentes. Por el contrario, abordan la problemática desde una estrategia multisectorial de la lucha contra la impunidad. El Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado colombiano adoptar un sistema preventivo para enfrentar la violencia sexual contra esta población, incluyendo el entrenamiento de la Policía, las Fuerzas Armadas, jueces, fiscales y abogados en el trato de víctimas de violencia sexual. Adicionalmente, recomendó desarrollar programas de educación para que la sociedad pueda reconocer casos de violencia sexual contra personas menores de dieciocho (18) años, y permitan combatir la estigmatización de las víctimas. Igualmente, recomendó fortalecer los procedimientos de restablecimiento del derecho, mediante la coordinación de éstos con

⁹⁵ Op. Cit. Alianza por la Niñez.

⁹⁶ Save the Children. «*Expertos del Comité de los Derechos del Niño piden seguimiento y control a recomendaciones de la ONU para garantizar los derechos de la niñez*». 30 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.savethechildren.org.co/articulo/expertos-del-comit%C3%A9-de-los-derechos-del-ni%C3%B1o-piden-seguimiento-y-control-recomendaciones-de>

⁹⁷ Comisión Asesora En Materia De Política Criminal. *Consideraciones Sobre La Implementación De La Pena De Prisión Perpetua En Colombia*. Ministerio de Justicia y del Derecho. 23 de mayo de 2019.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Resolución 1 de 2020 de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios. *Por la cual se efectúa la desagregación de las apropiaciones en el Presupuesto de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC, para la vigencia fiscal de 2020*

¹⁰⁰ Presupuesto del ICBF para el año 2020

los procesos judiciales que se adelanten contra los victimarios, así como la asignación de recursos suficientes para que los programas de restablecimiento de derechos, prevención y protección se ajusten a los estándares internacionales en la materia.¹⁰¹

En lo que respecta a la judicialización de los casos de violencia sexual, el Comité insistió en la necesidad de hacer cumplir con las normas de detección, investigación y enjuiciamiento de los victimarios. Para esto, recomendó a Colombia permitir que las personas menores de dieciocho (18) años tengan un mejor acceso al sistema judicial y se tomen medidas para adaptar a sus necesidades los sistemas de denuncia y se les preste el apoyo jurídico necesario para llevar a la justicia los casos de violencia que los hayan afectado. De igual forma, el Comité recomendó que se capacite a los actores judiciales (jueces, fiscales y abogados), para romper con los estereotipos de género y garantizar a las niñas un juicio imparcial en los casos en los que ellas sean víctimas.¹⁰² Este último aspecto reviste especial importancia, debido a la multiplicidad de factores que han contribuido a la cosificación de las niñas y las adolescentes y que a la postre contribuyen al desarrollo de estas conductas criminales en su contra.

Este abordaje multisectorial de la violencia contra niñas, niños y adolescentes lo retoma también la estrategia INSPIRE creada por organismos internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC), entre otras. La estrategia INSPIRE fue recogida en la creación de la Alianza Nacional contra la violencia hacia Niños, Niñas y Adolescentes por parte de la Presidencia de la República el 14 de agosto de 2019.¹⁰³ El modelo INSPIRE fue desarrollado teniendo en cuenta la mejor evidencia global de estrategias para eliminar la violencia contra las personas menores de dieciocho (18) años, y en ningún momento recomienda el aumento de penas privativas de la libertad ni la adopción de la prisión perpetua. Por el contrario, este modelo propugna por un sistema integral multisectorial con enfoque en los derechos de la víctima, para prevenir los actos de violencia y garantizar el restablecimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes.¹⁰⁴

Dentro de este modelo, el Estado colombiano debe: (i) implementar normas que prohíban la violencia contra niñas, niños y adolescente y velen por el efectivo cumplimiento de esas normas, siempre que incluyan la judicialización de quienes las quebranten; (ii) producir cambios de las normas y valores sociales frente a la violencia contra esta población para promover la adhesión a las normas y prevenir más casos; (iii) crear entornos seguros para niñas, niños y adolescentes, donde se reduzca y se impida la violencia; (iv) apoyar a padres, madres y cuidadores por medio de programas integrales que prevengan la violencia; (v) fortalecer económicamente a las familias; (vi) brindar asesoramiento, terapia, tratamiento e intervención para mejorar la salud, el bienestar y apoyar los procesos de justicia en temas de violencia contra personas

¹⁰¹ Op. Cit. Comité de los Derechos del Niño

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ UNICEF. *Alianza contra la violencia hacia la niñez*. Comunicado de Prensa. 14 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.unicef.org/colombia/comunicados-prensa/alianza-contra-la-violencia-hacia-la-ni%C3%B1ez>

¹⁰⁴ Organización Mundial de la Salud. *INSPIRE: Siete estrategias para poner fin a la violencia contra los niños y las niñas*. 2016. Disponible en: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/33741/9789275319413-spa.pdf?sequence=7&isAllowed=y>

menores de dieciocho; y, (vii) fortalecer la educación formal, la educación sexual, la formación en aptitudes de niñas, niños y adolescentes, y crear programas dirigidos a adolescentes para prevenir la violencia de pareja.¹⁰⁵

Esta estrategia está en línea con una aproximación multisectorial que se basa en un enfoque de derechos y que pone a la víctima en el centro de los esfuerzos estatales para combatir la violencia sexual. Además tiene en cuenta que la violencia sexual está migrando hacia entornos digitales,^{106 107} como lo advierte el modelo We Protect, para la lucha contra el abuso y la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes en los entornos digitales. Así mismo, prevé un cumplimiento de las normas y busca la atención integral a las víctimas.^{108 109}

Otra recomendación en relación con esta materia tiene que ver específicamente con ofrecer apoyo profesional adecuado a personas que pueden manifestar comportamientos que pueden estar relacionados con conductas de abuso de personas menores de dieciocho (18) años. Al efecto, quiero resaltar que **RED PAPAZ** ha establecido relaciones con entidades que trabajan estas líneas, y han recibido financiación del Fondo EVAC en reconocimiento a la importancia de esta labor.

Por lo anterior, resulta contradictorio que se adopte la prisión perpetua como medida para luchar contra la violencia sexual contra personas menores de dieciocho (18) años. Esto, comoquiera que es un abordaje que carece evidencia, distrae la atención de las autoridades de los problemas estructurales que permiten esta violencia, y pone al victimario en el centro de atención del Estado, sin que se busque por la protección integral de los derechos de las víctimas. Es sabido que las medidas recomendadas por el Comité de los Derechos de los Niños, y a las que se comprometió el Gobierno Nacional con la creación de la Alianza Nacional contra la violencia hacia Niños, Niñas y Adolescentes, sí respetan el interés superior de niñas, niños y adolescentes que define la Constitución de 1991, sin embargo medida adoptada por el Acto Legislativo No. 1 de 2020, está manifiestamente en contra de este propósito y sustituye este eje esencial de la Carta Política.

A partir del análisis anterior, queda claro que la inclinación por una política criminal que supone el gasto de ingentes recursos públicos sin evidencia alguna acerca de su efectividad, en lugar de estrategias que sí cuentan con evidencia, constituye un desconocimiento del interés superior y la protección integral de la infancia y la adolescencia. La adopción de la prisión perpetua sustituye la Constitución, debido a que en sí misma contraría el interés superior de niñas, niños y adolescentes y previene

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ INHOPE. *The NetCleanReport 2019*. Junio de 2019. Disponible en: <https://inhope.org/EN/articles/netclean-report-2019>

¹⁰⁷ NetClean Report 2019: A Report on Child Sexual Abuse. 2019. Disponible en: <https://www.netclean.com/netclean-report-2019/>

¹⁰⁸ We Protect Global Alliance. *Preventing and Tackling Child Sexual Exploitation and Abuse (CSEA): A Model National Response*. Noviembre de 2016. Disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/5630f48de4b00a75476ecf0a/t/582ba50bc534a51764e8a4ec/1549388168335/WePROTECT+Global+Alliance+Model+National+Response+Guidance.pdf>

¹⁰⁹ Red PaPaz. Infografía del Modelo We Protect en español. Disponible para descarga en: <https://aprendiendoasERPapaz.redpapaz.org/material/modelo-we-protect-2/>

su protección integral. Por tratarse de una medida que no se apoya en evidencia apropiada, no resulta adecuada para la materialización de los derechos de infantes y adolescentes. Por este motivo, y siguiendo la doctrina de la sustitución en razón del efecto constitucional, es dable afirmar que la imposición de la prisión perpetua comoquiera que frustra en sí misma la protección integral de la infancia y a la adolescencia, al estar asociada con mayores niveles de impunidad. El eje definitorio de la Constitución se anula ante la prevalencia de intereses de política criminal ayunos de evidencia apropiada.

En suma, el Acto Legislativo No. 1 de 2020 que adopta la prisión perpetua para quienes cometan los delitos de homicidio doloso, o acceso carnal violento y cuyas víctimas sean niñas, niños y adolescentes, sustituye el eje definitorio del interés superior y la protección integral de los derechos de infantes y adolescentes. Por un lado, la medida desincentiva la denuncia de estos delitos por parte de las víctimas lo que aumenta la impunidad, y obstaculiza la salvaguarda de los derechos. De otra parte, el hecho que el constituyente derivado haya privilegiado la adopción de una medida ineficaz a la hora de proteger derechos de niñas, niños y adolescentes, por encima de otras políticas cuya efectividad viene soportada por evidencia, es una clara sustitución del eje del interés superior, la protección integral y la prevalencia de los derechos de las personas menores de 18 años. Con fundamento en lo anterior, resulta palpable que el Congreso de la República se extralimitó en el ejercicio de sus competencias en la adopción del Acto Legislativo No. 1 de 2020.

iii. El efecto constitucional del establecimiento de la prisión perpetua es la sustitución de la Constitución

Como he anotado anteriormente, la aprobación del Acto Legislativo No. 1 de 2020 tiene el efecto de sustituir la Constitución Política de 1991, comoquiera que establece una medida que en lugar de proteger los derechos de infantes y adolescentes -como lo propugnan sus promotores-, impone barreras más altas para acceder a la justicia y de contera agravaría la situación de impunidad que actualmente se registra.

Debido al entorno en que mayoritariamente suceden estos delitos, establecer una pena perpetua -anteriormente prohibida por una Constitución democrática y libertaria- no tiene el efecto de desincentivar la comisión de estas conductas punibles. Si se considera el altísimo nivel de impunidad que actualmente existe, este incremento en la pena, no tiene el efecto de desincentivar la conducta como bien lo explica Richard Posner, porque las personas que cometen este tipo de conductas tienen una inclinación al riesgo, y por ende una variación en la sanción no genera un cambio en el comportamiento, dado que el índice de impunidad es tan alto.¹¹⁰

Por tanto, desde la óptica del victimario, existen opiniones desde el análisis económico del derecho que sugieren que la introducción de esta medida no va a contribuir en absoluto en lograr el cometido que se propone la reforma. Por otro lado, desde el ángulo de la víctima, debido a que en la mayor parte de los casos involucran a personas del núcleo familiar, la posibilidad de que se imponga una prisión perpetua puede desincentivar que los hechos sean denunciados, lo que conlleva a un aumento

¹¹⁰ Posner, Richard, *Análisis Económico del Derecho*, Wolters Kluwer, Novena Edición, 2014 Pg. 266.

en la impunidad. Adicionalmente, el costo de la adopción de la medida, constituye en sí mismo un desvío de los esfuerzos del Estado hacia un uso que no le genera ninguna utilidad.

Todo lo anterior, conlleva a que la adopción de la cadena perpetua sea contraria al interés superior de niñas, niños y adolescentes y suponga una disminución de la protección efectiva de los derechos de esta población. Por tanto, considerando que uno de los ejes definitorios de la Carta Política de 1991, es el interés superior y la protección integral de niñas, niños y adolescentes, la adopción de una reforma constitucional que en sí misma suponga una anulación de lo anterior, conduce a una sustitución de la Constitución que debe ser advertida por la Corte, y que debe llevar a la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo No. 1 de 2020.

VI. PRETENSIÓN

La presente acción pública de inconstitucionalidad persigue que se declare inexequible en su totalidad el Acto Legislativo No. 1 de 2020 *«por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua»*. Así mismo, demanda que el Estado adopte medidas que se apoyen en el interés superior de niñas, niños y adolescentes y procuren su protección integral.

VII. COMPETENCIA

En concordancia con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para *«decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación»*. Considerando que el Acto Legislativo No. 1 de 2020 introduce una reforma que sustituye la norma fundamental, es función de la Corte Constitucional decidir la presente acción que advierte un vicio en el procedimiento consistente en la violación de los límites del poder de reforma del Congreso de la República.

VIII. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Calle 103 número 14A-53, Oficina 403 de Bogotá D.C. y en el correo electrónico soportelegal@redpapaz.org.

De la Corte Constitucional, atentamente,



CAROLINA PIÑEROS OSPINA

C.C. No. 39.694.233 de Bogotá D.C.