

REF: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Juan Sebastian Murthe Cardenas <juan.murthe@usantoto.edu.co>

Lun 18/04/2022 8:00

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

 2 archivos adjuntos (852 KB)

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.pdf; CÉDULA JUAN S MURTHE 150%.pdf;

Cordial saludo,

Yo, Juan Sebastián Murthe Cárdenas, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía 1.192.764.320, colombiano y vecino de Tunja (Boyacá), en ejercicio de los derechos que me asisten como ciudadano, conforme a los artículos 40 numeral sexto, 95 y 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991, presento ante su honorable corporación DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

En sendos documentos adjuntos remito el escrito de la referida demanda junto con mi cédula de ciudadanía que exhibo ante su honorable colegiatura para acreditar mi condición de ciudadano colombiano.

De manera respetuosa solicito que de ser posible se me acuse recibido del presente correo.

Sin otro particular, quedo al pendiente de sus comentarios y requerimientos,

Atentamente,

Juan Sebastián Murthe Cárdenas
Estudiante de octavo semestre
Facultad de Derecho

Correo: juan.murthe@usantoto.edu.co

Celular: 318-227-5710.

Universidad Santo Tomás.

Tunja (Boyacá), Colombia.

NOTA CONFIDENCIAL:

La información contenida en este correo electrónico es confidencial y solo puede ser utilizada por la persona o la compañía a la cual está dirigida. La información que no sea de carácter oficial y que se tramite por este medio, en ningún caso compromete a la Universidad. Si no es el receptor autorizado, cualquier retención, difusión, distribución o copia de este mensaje es prohibida y será sancionada por la Ley. Si por error recibe este mensaje, favor eliminarlo inmediatamente.

CONFIDENTIAL NOTE:

The information contained in this email is confidential and can only be used by the person or company which is headed. The information that is not official in nature and are treated by this method, in any case committed to the University. If the recipient is not authorized, any retention, dissemination, distribution or copying of this message is prohibited and shall be punished by Law. If you receive this message in error, please delete it immediately.

NO IMPRIMA ESTE MENSAJE A MENOS QUE SEA ABSOLUTAMENTE NECESARIO

La información contenida en este correo electrónico y en todos sus archivos anexos, es confidencial y/o privilegiada y solo puede ser utilizada por la(s) persona(s) a la(s) cual(es) está dirigida. Si usted no es el destinatario autorizado, cualquier modificación, retención, difusión, distribución o copia total o parcial de este mensaje y/o de la información contenida en el mismo y/o en sus archivos anexos está prohibida y son sancionadas por la ley. Si por error recibe este mensaje, le ofrecemos disculpas, sírvase borrarlo de inmediato, notificarle de su error a la persona que lo envió y abstenerse de divulgar su contenido y anexos.

Tunja, 18 de abril de 2022.

HONORABLES MAGISTRADOS,
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.
BOGOTÁ D.C.

E. S. D.

REFERENCIA: Demanda de inconstitucionalidad de la que trata el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Yo, **JUAN SEBASTIÁN MURTHE CÁRDENAS**, mayor de edad y ciudadano colombiano identificado con cédula de ciudadanía 1.192.764.320 de Tunja (Boyacá), actuando en nombre propio y en ejercicio de los derechos conferidos por el artículo 40 numeral sexto, 95 y 241 de la Constitución Política de Colombia, acudo ante su honorable corporación a fin de presentar **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** en los términos del artículo 2º del Decreto Ley 2067 de 1991.

Para dar cumplimiento al fin referido, ante su magistratura señalo las:

1. NORMAS DEMANDADAS¹:

Los apartes subrayados y en negrita son los que se reprochan como inconstitucionales en la presente acción pública.

1.1. *Artículo 44 numerales primero y segundo de la ley 1564 de 2012:*

*“LEY 1564 DE 2012
(julio 12)*

*Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012
CONGRESO DE LA REPÚBLICA*

Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

¹ Transcritas de manera directa y literal de la página o portal web de la secretaria del honorable Senado de la República de Colombia.

(...)

ARTÍCULO 44. PODERES CORRECCIONALES DEL JUEZ. Sin perjuicio de la acción disciplinaria a que haya lugar, el juez tendrá los siguientes poderes correccionales:

*1. Sancionar **con arresto inmutable hasta por cinco (5) días** a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.*

*2. Sancionar **con arresto inmutable hasta por quince (15) días** a quien impida u obstaculice la realización de cualquier audiencia o diligencia.”*

(...)

1.2. Artículo 143 numerales tercero (parcial), cuarto, quinto (parcial), décimo (parcial) y parágrafo (parcial) y artículo 212 A (parcial) de la ley 906 de 2004:

*“LEY 906 DE 2004
(agosto 31)*

*Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004
PODER PÚBLICO - RAMA LEGISLATIVA*

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

(...)

ARTÍCULO 143. PODERES Y MEDIDAS CORRECCIONALES. El juez, de oficio o a solicitud de parte, podrá tomar las siguientes medidas correccionales:

(...)

*3. A quien impida u obstaculice la realización de cualquier diligencia durante la actuación procesal, **le impondrá arresto inmutable de uno (1) a treinta (30) días según la gravedad de la obstrucción y** tomará las medidas conducentes para lograr la práctica inmediata de la prueba.*

*4. A quien le falte al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o desobedezca órdenes impartidas por él en el ejercicio de sus atribuciones legales lo sancionará **con arresto inmutable hasta por cinco (5) días.***

5. A quien en las audiencias asuma comportamiento contrario a la solemnidad del acto, a su eficacia o correcto desarrollo, le impondrá como sanción la amonestación, o el desalojo, o la restricción del uso de la palabra, o multa hasta por diez (10) salarios mínimos legales mensuales **o arresto hasta por cinco (5) días**, según la gravedad y modalidades de la conducta.

(...)

10. A quienes sobrepasen las cintas o elementos usados para el aislamiento del lugar de los hechos, lo sancionará con multa de uno (1) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes **o arresto por (5) cinco días** según la gravedad y modalidad de la conducta.

*PARÁGRAFO. En los casos anteriores, si la medida correccional fuere de multa **o arresto**, su aplicación deberá estar precedida de la oportunidad para que el presunto infractor exprese las razones de su oposición, si las hubiere. Si el funcionario impone la sanción, el infractor podrá solicitar la reconsideración de la medida que, de mantenerse, dará origen a la ejecución inmediata de la sanción, sin que contra ella proceda recurso alguno.”*

(...)

*ARTÍCULO 212A. PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN LA ETAPA DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN. <Artículo adicionado por el artículo 66 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código de Procedimiento Penal, si en la etapa de indagación e investigación la Fiscalía estimare, por las circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, de su cónyuge, compañero permanente, o de sus parientes hasta en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o **primero** civil, dispondrá las medidas especiales de protección que resulten adecuadas para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento:*

a) Que no conste en los registros de las diligencias su profesión u oficio, domicilio o lugar de trabajo los de sus parientes, cónyuge o compañero permanente;

b) Que su domicilio sea fijado, para notificaciones y citaciones, en la sede de la Fiscalía, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario.

1.3. Artículo 211 numeral quinto (parcial) de la ley 599 de 2000 modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008:

*“LEY 599 DE 2000
(julio 24)
Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000
EL CONGRESO DE COLOMBIA*

Por la cual se expide el Código Penal

(...)

ARTÍCULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

*5. <Numeral modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o **primero** civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.”*

2. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS Y MOTIVOS DE LA VIOLACIÓN:

En gracia de claridad y tomando en consideración la cantidad de expresiones que se demandan, presento el siguiente cuadro donde aglutino la expresión reprochada, la norma constitucional que considero transgredida y el acápite donde se encuentra la motivación concreta sobre tal vulneración:

NORMA DEMANDADA	MANDATO CONSTITUCIONAL VULNERADO	ACÁPITE DE ARGUMENTACIÓN
------------------------	---	---------------------------------

Artículo 44 numerales primero y segundo (parciales) de la ley 1564 de 2012.	Artículo 28 de la Constitución Política de Colombia de 1991.	2.1.1 de la presente demanda.
Artículo 143 numeral tercero (parcial), cuarto (parcial), quinto (parcial), décimo (parcial) y parágrafo (parcial) de la ley 906 de 2004.	Artículo 28 de la Constitución Política de Colombia de 1991.	2.1.1 de la presente demanda.
Artículo 211 numeral quinto (parcial) de la ley 599 de 2000.	Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13 y 83 de la Constitución Política de Colombia de 1991.	2.2.1, 2.2.2 y 2.2.3 de la presente demanda.
Artículo 212 A (parcial) de la ley 906 de 2004.	Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13 y 83 de la Constitución Política de Colombia de 1991.	2.2.1, 2.2.2 y 2.2.3 de la presente demanda.

2.1. De las transgresiones constitucionales de los artículos 44 numerales primero y segundo (parciales) de la ley 1564 de 2012 y 143 numerales tercero (parcial), cuarto (parcial), quinto (parcial), décimo (parcial) y parágrafo (parcial) de la ley 906 de 2004:

A pesar de estar en leyes u ordenamientos procesales distintos, las disposiciones demandadas en este caso se dirigen a un fin común: investir al juez en su calidad de director del proceso para que sancione con arresto a quien entorpece o irrespeta los procedimientos realizados en sede judicial e impedir el uso de recursos más allá de la reconsideración, por lo que para estas normas se formularán unas mismas normas constitucionales transgredidas y análogos motivos de inconstitucionalidad o fundamentos de violación a los preceptos constitucionales.

En consonancia con lo anterior, me permito formular un cargo de inconstitucionalidad contra las normas indicadas en este acápite, a saber, (1) violación al artículo 28 de la Constitución Política.

Procedo a argumentar el cargo enunciado, así:

2.1.1. Vulneración desproporcionada de la garantía de libertad personal del artículo 28 superior:

La Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 28 (parcial) consagra:

“ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. (...)” (Subraya añadida).

En esos precisos y específicos términos se reprochará la constitucionalidad de las normas demandadas en este acápite, es decir, por transgresión del artículo 28 superior al considerar que no respeta la libertad personal, ni la prohibición de reducir a cualquier ciudadano al arresto por motivo legal y previamente definido, toda vez que el legislador en las normas aquí demandadas ha excedido los límites de configuración legislativa en materia procesal (estricta legalidad, proporcionalidad y necesidad).

La jurisprudencia de su alta colegiatura en reiterados pronunciamientos, como la sentencia C-496 de 2016 se ha ocupado a partir de la interpretación del artículo 150 superior, de determinar que el legislador:

“(...) cuenta con la competencia para regular de manera detallada los diversos sectores del ordenamiento jurídico, a través de la expedición de Códigos y de la interpretación, reforma, derogación de sus disposiciones, conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política. Específicamente en materia procesal, el legislador goza de una amplia facultad de configuración en orden a diseñar los procedimientos judiciales de cada ámbito de regulación, los términos, competencias, poderes, cargas, etapas, recursos, modalidades de notificaciones, plazos, fases de los trámites y todos los demás aspectos considerados pertinentes.”

Pero pese a lo anterior, el margen de configuración legislativa no debe extenderse más allá de los límites establecidos por la misma Constitución, habida cuenta que como sigue explicando la Corte:

“(...) un Estado constitucional como el fundado en la Carta Política de 1991, en especial en materia penal, el legislador está rígidamente sometido a un conjunto de límites y vínculos que condicionan la validez de la producción normativa y restringen de manera importante su libertad de configuración. Por un lado, el modelo de proceso penal no puede contemplar injerencias irrazonables a los derechos fundamentales y principios protegidos por la Constitución.

Esta es una cláusula derivada del mandato de supremacía constitucional que, en general, vincula la acción política del Congreso en este y otros campos del orden jurídico.

Cobran aquí especial relevancia el derecho a ser tratado conforme a la dignidad humana, la afirmación general del principio de libertad y la absoluta excepcionalidad de su restricción (...) (Subraya añadida).

Es en este contexto que se puede afirmar que el legislador en materia procesal le asiste el deber de abstenerse de soslayar garantías fundamentales de los ciudadanos. Es por ello que en materia de libertad personal la restricción a la misma debe ser de carácter excepcional y en los términos en los que se dé (arresto, detención preventiva o pena de prisión propiamente dicha), deberá atender estrictos requisitos de necesidad y proporcionalidad.

Así las cosas y al tenor de la interpretación literal del artículo 28 superior, es el legislador el único llamado a disponer la existencia de medidas privativas de la libertad personal (reserva legal) pero actuando bajo los límites establecidos por la Constitución. Así lo ha reiterado la Corte en la sentencia citada y otros pronunciamientos como las providencias C-318 de 2008, C-774 de 2001, C-425 de 1997, C-327 de 1997, entre otros más.

Pese a lo anterior, no se discuten las medidas de arresto demandadas desde sus requisitos formales, pues es claro que están previamente definidas en la ley y que al ser impuestas por un juez, pues se cumplirá también con el requisito de reserva judicial. El reproche concreto de las normas demandadas como transgresoras de los márgenes de configuración legislativa, se harán concretamente sobre los límites sustanciales de estricta legalidad, proporcionalidad y necesidad que la Corte Constitucional ha fijado para establecer cuando la restricción de la libertad se acompasa o no de manera material con la Constitución.

Es de resaltar en este punto que la Corte en las providencias referidas y en los apartes que sobre el particular se han citado y se citarán, estudia los límites a la libertad personal en el marco del estudio de constitucionalidad de las medidas de aseguramiento al interior del proceso penal, pero no es menos cierto que las consideraciones sobre los límites del legislador respecto de este derecho fundamental también son pertinentes para el estudio de constitucionalidad del arresto al que refieren las normas demandadas, pues el mentado artículo 28 también proscribire su excepcionalidad bajo la reserva legal y la observancia de los mandatos constitucionales, pues el arresto, al igual que las medidas de aseguramiento y la pena de prisión propiamente dicha, constituyen una restricción de la libertad personal.

Hágase referencia en primera medida a los principios de proporcionalidad y necesidad donde la Corte en la ya citada sentencia C-496 de 2016 refiere:

“(...) en el ámbito general de las medidas de aseguramiento, el principio de proporcionalidad es un criterio regulativo que proscribire

al legislador prever limitaciones o privaciones de la libertad con el propósito de obtener fines no compensables con las afectaciones producidas o que comporten un sacrificio exagerado de los derechos del imputado en comparación con los bienes asegurados. Pero, al mismo tiempo, determina el tipo y grado de restricciones autorizadas a partir del objetivo invocado y el conjunto total de las condiciones que regulan su procedencia, en aras de mantener en un grado razonable las intervenciones efectivas a los derechos del imputado.

La necesidad de las medidas que limitan o privan de la libertad a la persona es, podría decirse, un indicador del principio de proporcionalidad. El criterio de necesidad implica que una medida de aseguramiento únicamente es constitucionalmente legítima si solo ella puede cumplir el fin superior que se persigue, esto es, si no puede ser reemplazada por otra orden cautelar diferente menos lesiva para los derechos del imputado.” (Subraya añadida).

Pues bien, respecto de la sanción de arresto que se reprocha en las normas demandadas, el legislador no atendió criterios de proporcionalidad ni de necesidad. Para arribar a tal conclusión, es necesario hacer un análisis de la finalidad perseguida por la norma demandada.

En términos generales, el legislador previó la sanción de arresto en las normas reprochadas para permitirle al operador judicial garantizar la continuidad ordinaria del proceso y el respeto a las formas del mismo. Para ilustrar sobre el particular, sirva señalar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia:

“En nuestro país, el arresto es una sanción de tipo correccional que impone un Juez en ejercicio de los poderes disciplinarios que la ley le confiere como director y máximo responsable del proceso, con el fin de garantizar el normal desarrollo del mismo, la realización de todos y cada uno de los derechos de quienes en él actúan y de la sociedad en general, pues, su labor trasciende el interés particular de las partes.”²

En esos términos el arresto lo consagró el legislador como una sanción a quien impide el normal desarrollo del proceso, ya sea faltándole el respeto al juez, obstaculizando la práctica de pruebas y en general cualquier audiencia o diligencia al interior del proceso judicial, luego, la finalidad de la sanción es salvaguardar el desarrollo de la *litis*, también en protección del acceso a la administración justicia.

Establecido el fin, considero que la medida de arresto no se traduce en necesaria para alcanzarlo, habida cuenta que dentro del mismo articulado en el que se encuentran las expresiones demandadas, el legislador previó la existencia de otras sanciones

² SP347-2022. Rad. 60199. 16 de febrero de 2022. M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán. Referencia para ilustración meramente conceptual.

como la multa³, la expulsión de la audiencia o diligencia obstaculizada⁴, la devolución de los escritos irrespetuosos contra las partes, los funcionarios o terceros⁵, le confiere abierta discrecionalidad al juez para que por ejemplo en el caso de que se entorpezca la práctica de una prueba tome “*las medidas conducentes para la práctica inmediata de la prueba*”⁶ y lo dota con la medida genérica en virtud de la cual podrá tomar cualquier otra sanción o medida establecida en la ley⁷ que le permita garantizar el curso normal del proceso. Incluso, la misma acción disciplinaria a la que están sujetos los servidores públicos y los abogados en virtud de las leyes 1952 de 2019 y 1123 de 2007 respectivamente, manifiestan ser herramientas previstas por el ordenamiento jurídico que satisfacen el fin establecido y son menos lesivas de derechos fundamentales, sobretodo de la libertad personal, pues no la soslayan.

Nadie discute que existe un fin constitucional legítimo en la protección del proceso y su innegable vínculo con el acceso a la administración de justicia, pero la realidad es que la misma legislación ha consagrado medidas sancionatorias que tienen como consecuencia que el arresto no sea ni de manera cercana la única medida que permita cumplir el fin superior perseguido. Es por lo anterior que no se cumple el límite sustancial de necesidad que debe respetar el legislador al prever medidas restrictivas de la libertad personal.

Ahora, tratándose de la necesidad como un “*indicador del principio de proporcionalidad*” es claro que no se da cumplimiento al mismo, pues al no ser necesaria la medida de arresto lo lógico es que el sacrificio de la libertad personal se traduzca en inocuo y abiertamente superior a la satisfacción de la finalidad constitucional perseguida, luego, el fin no es compensable con la afectación a los derechos fundamentales de quien le es aplicada la sanción de arresto.

Por otro lado, considero que también hay transgresión al límite sustancial de estricta legalidad sobre el que ha dicho su colegiatura:

“En términos generales, el legislador no puede emplear lenguaje especialmente vago, ambiguo o indeterminado, de tal manera que la identificación de los supuestos de afectación de la libertad en realidad queden en poder del juez.

(...) el principio de estricta legalidad en el establecimiento de las medidas de aseguramiento implica para el legislador la obligación de fijar, con razonable precisión, las condiciones y supuestos bajos los cuales aquellas proceden. Esto no supone que le sea permitido dictar regulaciones que hagan meramente determinables por el juez los

³ Artículo 143 de la ley 906 de 2004 numerales primero, segundo, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo y artículo 44 de la ley 1564 de 2012 numerales tercero y cuarto.

⁴ Artículo 44 de la ley 1564 de 2012 numeral quinto.

⁵ Artículo 44 de la ley 1564 de 2012 numeral sexto.

⁶ Numeral tercero del artículo 143 de la ley 906 de 2004.

⁷ Artículo 44 de la ley 1564 de 2012 numeral séptimo.

motivos de las afectaciones a la libertad personal, pues precisamente la individualización de esas razones es una potestad legislativa indelegable (...)”

Del análisis de las disposiciones demandadas puede sustraerse que el legislador omitió el deber de precisión que le impone el principio de estricta legalidad para la justificación de una medida restrictiva de la libertad personal, pues no le suministró al juez ningún tipo de criterio específico que le permita decidir de manera certera sobre la imposición de la sanción de arresto.

Respecto de los numerales 1º y 2º de la ley 1564 de 2012, nótese lo siguiente:

*“1. Sancionar **con arresto inmutable hasta por cinco (5) días** a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.*

*2. Sancionar **con arresto inmutable hasta por quince (15) días** a quien impida u obstaculice la realización de cualquier audiencia o diligencia.” (Subraya y negrita añadidas) (En negrita la expresión demandada, en subraya el énfasis)*

El legislador deja absolutamente a la discrecionalidad del juez el análisis de las circunstancias que darían lugar a la imposición del arresto, pues hay una clara indeterminación y abstracción en lo que implica la “*falta al debido respeto*” y la “*obstaculización de cualquier audiencia o diligencia*”, pues en ese entendido, cualquier conducta considerada irrespetuosa o cualquier obstaculización habilitarían al juez para sancionar con el arresto, pues el legislador no le suministró criterios que le permitieran establecer (más allá de su discrecionalidad, por demás inaplicable por la reserva legal que le asiste al legislador para imponer medidas restrictivas de la libertad) para que faltas de respeto o para que obstaculizaciones es aplicable el arresto, no otorga criterios que permitan graduar y adecuar las sanciones previstas.

La situación se manifiesta con mayor evidencia de la lectura de los numerales parcialmente demandados de la ley 906 de 2004 en su artículo 143, veamos:

(...)

*3. A quien impida u obstaculice la realización de cualquier diligencia durante la actuación procesal, **le impondrá arresto inmutable de uno (1) a treinta (30) días según la gravedad de la obstrucción** y tomará las medidas conducentes para lograr la práctica inmediata de la prueba.*

4. A quien le falte al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o desobedezca órdenes impartidas por él en el

*ejercicio de sus atribuciones legales **lo sancionará con arresto inmutable hasta por cinco (5) días.***

*5. A quien en las audiencias asuma comportamiento contrario a la solemnidad del acto, a su eficacia o correcto desarrollo, le impondrá como sanción la amonestación, o el desalojo, o la restricción del uso de la palabra, o multa hasta por diez (10) salarios mínimos legales mensuales **o arresto hasta por cinco (5) días, según la gravedad y modalidades de la conducta.***

(...)

*10. A quienes sobrepasen las cintas o elementos usados para el aislamiento del lugar de los hechos, lo sancionará con multa de uno (1) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes **o arresto por (5) cinco días según la gravedad y modalidad de la conducta.***

(Subraya y negrita añadidas) (En negrita la expresión demandada, en subraya el énfasis)

El legislador omite suministrarle al juez elementos de criterio que le permitan establecer la gravedad de la conducta, queda sometido a su mera discrecionalidad, pues la apreciación de una conducta como más o menos grave atenderá al propio juicio de cada funcionario y ante la ausencia de unos criterios unificados que permitan calificar la gravedad de la conducta, no es claro para el operador judicial cuando tendría que acudir a medidas menos lesivas y cuando al arresto, pues la “*gravedad y las modalidades de la conducta*” analizado desde la información suministrada por el articulado se traduce en una disposición vaga y ambigua que transgrede el principio de estricta legalidad, lo que hace también inviable la permanencia de la sanción de arresto como una de las facultades correccionales del juez al interior del ordenamiento jurídico colombiano.

En esos términos dejo sentado mi reproche a las normas demandadas como nugatorias de la libertad personal por la violación de los límites sustanciales de necesidad, proporcionalidad y estricta legalidad que restringen el margen de configuración del legislador en lo que se refiere a medidas restrictivas de este derecho fundamental (como el arresto demandado).

2.2. De las transgresiones constitucionales reprochadas a los artículos 211 numeral quinto (parcial) de la ley 599 de 2000 y 212 A (parcial) de la ley 906 de 2004:

Las normas referidas a pesar de encontrarse en ordenamientos o leyes distintas y regular fines diversos, incurren en las mismas violaciones de preceptos

constitucionales dado que como pasa a exponerse, consagran una diferenciación injustificada entre parientes por consanguinidad y civiles que provoca que las normas deriven en inconstitucionales. Por lo anterior, para estas normas se formularán unas mismas normas constitucionales transgredidas y análogos motivos de inconstitucionalidad o fundamentos de violación a los preceptos constitucionales.

En consonancia con lo anterior, me permito formular tres cargos de inconstitucionalidad contra las normas indicadas en este acápite, a saber, (1) violación al preámbulo y al artículo 13 de la Constitución Política por transgresión al principio de igualdad, (2) violación al principio de seguridad jurídica del que trata el preámbulo y los artículos 1,2,4,5,6 y 83 ejusdem, y (3) violación a la protección a la familia como núcleo de la sociedad de la que trata el artículo 42 superior.

Procedo a argumentar cada uno de los cargos de manera separada, así:

2.2.1. Vulneración del principio de igualdad del preámbulo y del artículo 13 superior:

Una de las grandes banderas del Estado Social de Derecho y su materialización en la Constitución de 1991 fue el principio de igualdad consagrado en el preámbulo y en el artículo 13 superior, que es indispensable citar (al menos parcialmente) para señalar de manera específica el mandato constitucional que considero o señalo transgredido por las normas demandadas:

*“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades **sin ninguna discriminación** por razones de sexo, raza, **origen nacional o familiar**, lengua, religión, opinión política o filosófica (...)”* (Negrita y subrayas añadidas)

En estos precisos términos, los esfuerzos argumentativos de ahora en más en este apartado estarán dirigidos a demostrar que las normas demandadas transgreden el principio de igualdad, de manera específica y concreta en lo que se refiere a la proscripción de toda discriminación por origen familiar. Luego, a juicio del suscrito, los artículos cuya inconstitucionalidad se pretende consagran una discriminación de esta clase al establecer un trato diferencial e injustificado entre parientes civiles y consanguíneos.

En primer lugar, el artículo 211 numeral quinto (parcial) parte de la idea que la conducta sexual solo se puede predicar agravada si el sujeto pasivo de la misma es un pariente civil de primer grado, pero extiende la protección a los consanguíneos hasta el cuarto grado, lo que de suyo tiene que restringe el ámbito de protección de la norma excluyendo a los parientes civiles de segundo, tercer y cuarto grado sin que

podiese encontrarse motivación (legal o constitucional) para tan notorio trato diferencial, habida cuenta que por origen familiar están en igualdad de condiciones parientes consanguíneos y civiles.

A su turno y en sentido análogo, el artículo 212 A (parcial) de la ley 906 de 2004 incurre en la misma diferenciación injustificada, pues extiende el ámbito de protección a los consanguíneos del testigo hasta el cuarto grado y restringe la misma a los parientes civiles hasta el primer grado, excluyendo nuevamente a los de segundo, tercer y cuarto grado, itero, de manera injustificada, pues como ya se refirió previamente, no son válidos los tratos diferenciales por el origen familiar.

Así lo ha dejado sentado su honorable corporación en varias decisiones. Para el particular destaco la C-296 de 2019 en la que se debatió una situación similar a la que aquí se reprocha, la discriminación por origen familiar entre parientes consanguíneos y civiles. En esa sentencia se señaló:

*“El artículo 13 de la Constitución establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, de manera que recibirán la misma protección y trato de las autoridades. Así mismo, señala que todas las personas “gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, **origen nacional o familiar**, lengua, religión, opinión política o filosófica” (negrilla fuera del texto). De este modo, dentro de las distinciones arbitrarias, el origen familiar como criterio para establecer un trato desigual está expresamente prohibido por la Constitución.”*

(...)

Por lo tanto, no es posible predicar efectos civiles disímiles para el parentesco consanguíneo y el parentesco civil (...)

(Subrayas añadidas).

Es por este motivo inicialmente que considero que el legislador en las normas demandadas transgrede el principio de igualdad, pues salta a la luz el trato disímil que realiza entre consanguíneos y civiles, ya que amplía la esfera de protección de los primeros hasta el cuarto grado y de estos últimos únicamente hasta el primero. En el entendido que la constitución y la interpretación que de la misma ha realizado la Corte Constitucional, podemos estar ante la presencia de una categoría o criterio sospechoso de discriminación negativa⁸ impuesto por el legislador.

⁸ Menciona la Corte Constitucional también en la sentencia C-296 de 2019 que la discriminación por origen familiar es uno de aquellos criterios denominados sospechosos, pues está señalado de manera explícita por el artículo 13 superior y considerando que la naturaleza del parentesco u origen familiar de una persona es ser uno de los “rasgos permanentes de las personas, de los cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia”.

De la mano con lo expuesto, cobra más fuerza el reproche si consideramos o partimos de la idea que no se configuran los presupuestos para realizar tal diferenciación o sustentar la existencia teleológica de una discriminación positiva establecida por el legislador, pues sobre el particular ha referido la Corte en la misma decisión ya citada en apartado inmediatamente previo:

“(…) En este sentido, no será admisible otorgar mayores niveles de protección jurídica a una modalidad de familia respecto de otra, sin que para ello concurren circunstancias constitucionalmente relevantes e imperiosas que permitan un tratamiento diferenciado. De la misma forma, tampoco podrán aceptarse diferenciaciones legislativas en el tratamiento entre sus miembros. Ello, sin perjuicio de que el Legislador conceda protección especial a determinados núcleos familiares habida cuenta de la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades para grupos sociales tradicionalmente excluidos, como sucede en el caso de las madres cabeza de familia.”
(Subraya fuera del texto).

Para este particular análisis el legislador estaba limitado y restringido a no otorgar “mayor nivel de protección jurídica” a los parientes consanguíneos sobre los civiles, pues no se puede predicar que aquellos sean un grupo social tradicionalmente marginado, al contrario, estamos ante dos grupos de sujetos que el mismo orden jurídico y constitucional se ha encargado de señalar que están en igualdad de condiciones, por lo que al no encontrarse inmerso el legislador dentro de las posibilidades constitucionales de realizar tratos diferenciales en beneficio de una colectividad desfavorecida histórica y socialmente, las normas demandadas desde su interpretación literal tendrán que considerarse contrarias a la Constitución, pues se reitera que existe una discriminación negativa por origen familiar.

Con los preceptos demandados no pretendió el legislador perseguir un fin constitucional legítimo, importante o imperioso que le permitiera consagrar el trato diferencial objeto de reproche, pues al analizar las normas demandadas se tiene como cierto lo siguiente:

- Respecto del artículo 211 numeral quinto de la ley 599 del 2000 la finalidad perseguida por el legislador fue agravar la conducta punible transgresora de la libertad, integridad y formación sexuales cuando el sujeto pasivo de la misma fuera un pariente, siendo un criterio irrelevante para el objetivo perseguido si se trata de civil o consanguíneo, pues se encuentran en igualdad de derechos y obligaciones, por lo que la protección jurídica que de unos y otros hace el ordenamiento jurídico debe ser equivalente.
- Sobre el artículo 212 A de la ley 906 de 2004 la finalidad fue otorgar protección al núcleo familiar del testigo en sede de indagación o investigación y se aplica la misma lógica, no es relevante si el pariente es civil o consanguíneo, pues dentro de las relaciones de familia el ordenamiento jurídico los equipara en garantías,

incluso, restringir la protección al pariente civil de primer grado, mientras que se extiende al consanguíneo hasta el cuarto grado, lo que logra es perturbar la finalidad perseguida por la norma, pues quedan desprotegidos los parientes civiles de segundo, tercer y cuarto grado, lógica igualmente aplicable al artículo 211 numeral quinto de la ley 599 del 2000 (situación que se reprochará concretamente más adelante en el cargo de vulneración a la protección de la familia).

Por las circunstancias anteriores dejo sentado mi reproche a las normas demandadas en este acápite por desconocimiento directo del principio de igualdad contenido en el preámbulo y en el artículo 13 superior y de la mano con este, explico a continuación porque también hay transgresión del principio de seguridad jurídica.

2.2.2. Vulneración del principio de seguridad jurídica del preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 6, y 83 superiores:

De la mano con el principio de igualdad y la garantía que les asiste a todos los ciudadanos de recibir un trato análogo ante la ley, se ha desarrollado también la categoría de seguridad jurídica, que en términos de su corporación en sentencia T-502 de 2002:

“La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento (...) En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión.” (Subraya añadida).

Y a su turno la sentencia C-836 de 2001⁹ señaló sobre el particular:

“(...) en un Estado contemporáneo, establecido como social de derecho, en el cual la labor de creación del derecho es compartida, la estabilidad de la ley en el territorio del Estado y en el tiempo no son garantías jurídicas suficientes. En nuestro Estado actual, es necesario que la estabilidad sea una garantía jurídica con la que puedan contar los administrados y que cobije también a la

⁹ Los apartes extraídos de esta sentencia, como los de la T-502 de 2002, son utilizados como ilustraciones meramente conceptuales sin que se quiera hacer referencia a la decisión y las razones de la misma esgrimidas en tales pronunciamientos jurisprudenciales.

interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Sólo así se puede asegurar la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2º).

(...) La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley (...)

(...) la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. (...). El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado (...) como administrador de justicia. (...) Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme”.

(Subrayas añadidas en las citas).

En estos términos, la seguridad jurídica entendida como la garantía de certeza que les asiste a los ciudadanos sobre la forma en la que se crea, aplica e interpreta el derecho goza de asidero constitucional en: (1) las categorías vinculantes de igualdad y justicia contenidas en el preámbulo de la Constitución, (2) en la prevalencia del interés general del artículo 1º superior al garantizar la eficacia de los derechos de las personas y el cumplimiento de sus obligaciones mediante la plena certeza de su existencia y conocimiento, (3) la vigencia de un orden jurídico justo del artículo 2º superior, (4) la supremacía constitucional y validez normativa del artículo 4º pues le garantiza a los ciudadanos que las normas que no se acompañen con la carta política serán inaplicadas, lo que sostiene la seguridad sobre la eficacia de los preceptos constitucionales, (5) el reconocimiento del Estado sobre los derechos de las personas (artículo 5º), que como se dijo, no podrían ejercerse de manera eficaz sin la garantía de certeza que traduce la seguridad jurídica, (6) el principio de legalidad del artículo 6º por cuanto el mandato de certeza implica que los ciudadanos conozcan de manera clara los límites de sus derechos y acciones, y en (7) el principio de confianza legítima derivado de la buena fe del artículo 83 superior.

Por lo anterior, siendo estos algunos de los estadios fundamentales del principio de seguridad jurídica, son estos los específicos puntos o mandatos constitucionales que considero infringidos y en los cuales sustentaré mi reproche a los artículos 211 numeral quinto (parcial) de la ley 599 de 2000 y 212 A (parcial) de la ley 906 de 2004 mediante la argumentación que a continuación esgrimo:

Existe inseguridad jurídica derivada de las disposiciones normativas demandadas, por la existencia de un injustificado trato desigual dentro de la legislación penal a los parientes civiles respecto de los consanguíneos, no solo por lo que se estableció en el cargo anterior de vulneración del principio de igualdad del artículo 13, sino por la existencia de un trato desigual incluso entre parientes civiles (no solo de estos respecto de los consanguíneos) al interior del orden jurídico en materia penal.

Lo anterior puede verificarse del análisis transversal del Código de Procedimiento Penal o ley 906 de 2004, donde se verifica la existencia de los artículos 282, 303 numeral tercero y 385, que indican:

*“ARTÍCULO 282. INTERROGATORIO A INDICIADO. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado.*

(...)

ARTÍCULO 303. DERECHOS DEL CAPTURADO. Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente:

(...)

*3. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.*

*ARTÍCULO 385. EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente **o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil**, o segundo de afinidad.”*

(Apartes subrayados originales de la fuente y énfasis o negrita añadidos).

Hay vulneración de la garantía de certeza inherente al principio de seguridad jurídica, pues el legislador además de establecer tratos desiguales injustificados al interior de las normas demandadas, genera incertidumbre sobre la aplicación de derechos y obligaciones de las personas, pues dentro de una misma ley los consagra en unos artículos para los parientes hasta el cuarto grado civil y en otros los restringe al primer grado civil sin razón o motivo que justifique el trato disímil, que como se dijo *ut supra* no solo está presente entre parientes civiles y consanguíneos, sino también entre los primeros únicamente, pues no puede explicarse o avalarse constitucionalmente que el legislador varia la protección y alcance de los preceptos normativos dependiendo el grado de parentesco civil, como se hace evidente realizando un contraste entre las normas citadas y los preceptos demandados.

En estos términos se genera un “manto de indeterminación”, pues para algunos casos (como las normas citadas) el legislador equipara los efectos del parentesco civil con el consanguíneo hasta el cuarto grado y en las normas demandadas los diferencia, lo que genera dudas sobre la norma de derecho a aplicar y sobre la interpretación que de los efectos del parentesco civil realiza el ordenamiento jurídico penal, pues mientras los preceptos constitucionales (y las interpretaciones con las que la honorable Corte los ha alimentado) señalan que no puede haber discriminación o trato diferencial entre parientes civiles y consanguíneos (situación que hasta el mismo legislador en materia penal reconoce como se explica en el párrafo inmediatamente siguiente), las normas demandadas rezan que si puede existir ese trato diferencial.

Aunado a ello, es preciso afirmar que incluso el mismo legislador se ha encargado de superar tan injustificable discriminación adecuando los preceptos normativos a los parámetros constitucionales establecidos en beneficio de la igualdad y la seguridad jurídica; para la prueba, la existencia de los artículos 282, 303 numeral tercero y 385 del Código de Procedimiento Penal o ley 906 de 2004 que fueron citados y equiparan la garantía de no incriminación a parientes consanguíneos y civiles hasta el cuarto grado, lo que deja en manifiesto que las desigualdades reprochadas a las normas demandadas no guardan consonancia ni con la constitución por la transgresión de la seguridad jurídica y el principio de igualdad, sino que tampoco con el mismo ordenamiento legal en materia penal.

A todas luces las normas demandadas que se reprochan como inconstitucionales en este acápite infringen los postulados de la seguridad jurídica, pues generan indeterminaciones e incertidumbres que le impiden al ciudadano conocer el alcance de sus derechos, que para el análisis puntual, sería el alcance de la garantías otorgadas por motivos del parentesco a los testigos y su familia en sede de indagación e investigación (hasta qué grado se extiende y si se modifica de acuerdo a si es civil o consanguíneo), lo que obstaculiza su efectividad, como se dejó de manifiesto en los apartados conceptuales donde su corporación explica el impacto de la seguridad jurídica en la eficacia de los derechos de los ciudadanos.

En el mismo sentido, también obstaculizan el conocimiento concreto de las obligaciones ciudadanas, puntualmente en el análisis del artículo 211 numeral quinto de la ley 599 de 2000, pues ante su enfrentamiento con los preceptos constitucionales que proscriben la discriminación por parentesco, no es claro para el ciudadano ni para los operadores judiciales si es válida la regla de derecho según la cual el agravante para los delitos contra la integridad, formación y libertad sexuales fundado en el parentesco, se extiende únicamente a los parientes civiles hasta el primer grado, mientras que en los consanguíneos hasta el cuarto, pues de entrada o *a priori* parece ser que contraría la Constitución como sistemáticamente se ha explicado, pero goza de la presunción de constitucionalidad inherente a todas las leyes; contradicción tan magna que no se acompasa con el mandato de certeza que debe asistir al ordenamiento jurídico en aras de ser verdaderamente justo.

Y en este entendido, el ya mencionado “manto de incertidumbre” fractura la confianza legítima, pues no existen garantías de conocimiento previo sobre el actuar del Estado, sobre todo para este análisis, en el ejercicio del poder punitivo, pues si se realizara un estudio de manera aislada parecería ser que una y otra situación tienen fundamento jurídico, pero bajo un estudio integral, sistemático y transversal, también a la luz de la constitucionalización del derecho penal, es claro que existen situaciones en las normas demandadas que resultan contradictorias y le impiden al ciudadano saber cómo actuará el Estado, pues bajo ciertos casos la ley penal extenderá los efectos del parentesco civil hasta el cuarto grado y en otros lo restringirá al primero, itero, sin razón constitucional aparente.

Luego, si no existe certeza sobre los derechos y obligaciones de las personas, y hay ruptura de la confianza legítima, tampoco será posible predicar el cumplimiento de la garantía de reconocimiento de los derechos de las personas en cabeza del Estado (artículo 5°) ni el principio de legalidad (artículo 6°), pues el ciudadano, ni las autoridades tienen claros donde están los límites impuestos para su actuar, pues nuevamente se repite (con riesgo de incurrir en molesta reiteración), la ley penal le indica que para unos casos los límites de derechos y obligaciones se encuentran en el primer grado de parentesco civil y en otros en el cuarto; ante tal contradicción, son oscuros y confusos los límites en el ejercicio de los derechos que pregona el artículo 6° para identificar infracciones a la Constitución y las leyes.

Por las consideraciones aportadas previamente, considero que las normas demandadas que concretamente se señalan en el título de este acápite argumentativo transgreden el principio de seguridad jurídica, pues la indeterminación sobre derechos y obligaciones ciudadanas, así como la creación de tratos desiguales injustificados, fracturan de inmediato el eslabón que compone la cadena de este principio, pues con ello, ya de entrada se predica la obstaculización en la efectividad y conocimiento de los derechos y obligaciones por lo previamente explicado, la confianza legítima, el principio de legalidad y por supuesto, la construcción de un orden jurídico justo y la prevalencia del interés general en términos de igualdad y justicia.

En perjuicio de lo anterior, podría mencionarse en gracia de discusión que las normas demandadas se acompañan con la Constitución por cuanto dan cumplimiento a la prerrogativa del artículo 33 superior según la cual: “*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o **primero civil.***” (Subraya y negrita añadidas). Sin embargo, como ya se mencionara previamente, esta desigualdad ya fue superada por su corporación que en sus decisiones¹⁰ ha sido reiterativa en afirmar la inexistencia de una justificación constitucional para dar un trato jurídico distinto a las personas por su parentesco consanguíneo o civil y la transgresión que tal situación generaría en detrimento del principio de igualdad material ante la ley y en consecuencia de la seguridad jurídica.

Lo anterior se ve materializado en la sentencia C-1278 de 2001 donde su corporación manifestó que la garantía de no incriminación se extendía a los parientes civiles hasta el cuarto grado, no solo hasta el primero, puesto que no pueden establecerse tratos diferenciales por origen familiar.

También ha sido superada esta desigualdad por el mismo legislador como se dejó de manifiesto en líneas anteriores, por lo que resulta insustentable la continuidad de las normas demandadas en el ordenamiento jurídico sin que por lo menos su alto tribunal se pronuncie sobre una eventual interpretación que dé cabida constitucional a la norma, o dicho en otras palabras, que se declare la exequibilidad condicionada de la misma en caso de no encontrar méritos suficientes para su inconstitucionalidad.

2.2.3. Vulneración del amparo a la familia como núcleo fundamental de la sociedad (artículo 5° y 42 superior):

¹⁰ Fuera de las previamente citadas, me suscribo a aquellas que su alta magistratura encuentre aplicables en virtud de principio *iura novit curia*.

El artículo 5° de la Constitución Política aparte de establecer el reconocimiento del Estado a los derechos inalienables de la persona, reza que este “*ampara la familia como institución básica de la sociedad*”.

En complemento de lo anterior y al tenor literal del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que se cita parcialmente:

“ARTÍCULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. *La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.”*

(...)

(Subraya y negrita añadidas).

De manera específica sustento mi reproche a las normas demandadas como transgresoras del artículo 5° y 42 constitucional por omitir el mandato de protección integral de la familia en cabeza del Estado. Para tales efectos, lo primero es rescatar en este apartado lo que la honorable Corte Constitucional ha señalado sobre la naturaleza jurídica de los agravantes a conductas punibles por parentesco y el rol de la protección a la familia al interior del orden jurídico penal. Por ejemplo, en la sentencia C-100 de 2011 señaló:

“En desarrollo de lo que establecen los artículos 5 y 42 Superiores que amparan a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, independientemente de su origen, la Ley 599 de 2000 recoge en varias de sus disposiciones alguna forma de protección de la familia, bien sea tipificando expresamente conductas que atentan contra su integridad, o bien al otorgar consecuencias particulares cuando existen ciertas relaciones de parentesco entre los sujetos activos y pasivos de las conductas punibles.

Así por ejemplo, en el artículo 104 del Código Penal, el legislador estableció causales de agravación del delito de homicidio (Artículo 103 Ley 599 de 2000) por considerar que existe un mayor daño social, cuando entre la víctima y el sujeto activo del delito existe una relación de parentesco cercano, esto es, cuando se trata “del ascendiente o descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.” (...)” (Subraya añadida).

Y en referencia concreta al artículo 211 de la ley 599 de 2000, parcialmente demandado en este escrito:

“Por su parte el artículo 211 del Código Penal establece las causales de agravación punitiva frente a delitos sexuales (Arts. 208 a 210), cuando éstas conductas se realicen “sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.” (...)

Es de imperiosa necesidad aclarar que en esa oportunidad la Corte citó el texto original del artículo 211 numeral quinto cuyo texto actual es el que parcialmente se demanda y que fue introducido al ordenamiento jurídico mediante el artículo 30 de la ley 1257 de 2008, sin embargo, la finalidad de proteger a la familia que quiso resaltar el alto tribunal, sigue estando de presente.

Y concluye señalando:

“(…) es posible observar que la preocupación general del legislador por la protección de la familia y de los miembros que la componen, se ha dirigido principalmente a consagrar consecuencias más gravosas cuando las conductas descritas, recaen sobre los parientes más cercanos del sujeto pasivo o de otras víctimas directas, como quiera que la ocurrencia de tales conductas en el entorno familiar representa un mayor daño social o representa una contradicción grave frente a los deberes mutuos de amor, cuidado y protección que debe operar entre los miembros de una familia.” (Subraya añadida).

También se extiende lo inmediatamente anterior al artículo 212 A de la ley 906 de 2004, pues pese a que no consagra un agravante punitivo, si es claro que el objetivo del legislador es proteger al testigo y a su núcleo familiar más cercano en sede de indagación o investigación, de ahí que el articulado se titule “*protección de testigos en la etapa de indagación e investigación*” y extienda tal garantía al núcleo familiar de este. En una y otra disposición se encuentra de manera explícita la voluntad del legislador de proteger la familia como la institución o núcleo básico de la sociedad.

De conformidad con lo esgrimido, puede entonces afirmarse que como se anticipó en líneas previas las normas demandadas al establecer un margen de protección restrictivo a los parientes civiles hasta el primer grado, mientras lo extiende a los consanguíneos hasta el cuarto, no solo está generando un trato discriminatorio y nugatorio del principio de igualdad, sino que está generando una desprotección a la familia, lo que transgrede el artículo 5º y 42 superiores respecto de la obligación del Estado de generar una defensa integral de esta institución.

Puede explicarse el reproche de la siguiente manera: si el ordenamiento jurídico parte de la idea de que no puede existir discriminación por origen familiar, conclúyase entonces que todas las familias sin importar su origen o los vínculos de filiación que las compongan, tienen derecho a recibir el mismo grado de protección por parte del legislador y de manera coetánea, las mismas cargas, obligaciones y deberes. A partir de este punto, únicamente reafirmamos que parientes consanguíneos y civiles se encuentran en condiciones equivalentes por expreso mandato constitucional.

Ahora bien, bajo esta lógica, si tienen derecho al mismo margen de protección, y el legislador con todo y ello lo hace más amplio para los parientes consanguíneos en detrimento de los civiles (como en el caso de las normas demandadas) o lo que es igual, no otorga una protección equivalente, es claro que deja en situación de desprotección a los parientes civiles de segundo, tercer y cuarto grado, pues el mensaje transmitido por las normas demandadas es inequívoco: por un lado, la conducta sexual solo será agravada si el sujeto pasivo es un pariente en primer grado civil y solo será susceptible de la protección de la que trata el artículo 212 A el pariente civil en primer grado del testigo, mientras que para los dos escenarios se amplía para los consanguíneos hasta el cuarto grado.

Puede así concluirse que no se cumple con el mandato de protección a la familia que imponen los artículos 5° y 42 y que el mismo legislador ha pretendido establecer con la consagración de agravantes por parentesco y protección a los núcleos familiares de los testigos, pues como se dejó de presente, las normas cuya inconstitucionalidad se reprocha dejan sin esfera de protección estatal a los parientes civiles de segundo, tercer y cuarto grado, aun cuando el ordenamiento jurídico y constitucional los equipara en derechos, obligaciones y en general, efectos jurídicos.

Es por los argumentos expuestos anteriormente que considero que los artículos 211 numeral quinto parcial de la ley 599 de 2000 y 212 A parcial de la ley 906 de 2004 vulneran el mandato de protección integral a la familia que impone la Constitución en las disposiciones ya referidas de manera reiterada.

En mérito de lo expuesto, considero en mi calidad de accionante que procede la declaratoria de inexecutable o en su defecto o subsidio, la executable condicionada, de las normas demandadas en este acápite bajo el entendido que por principio de igualdad, seguridad jurídica y protección familiar integral, lo regulado será extensivo también a los parientes civiles hasta el cuarto grado por las razones expuestas en esta motivación.

Citados los apartes demandados, las normas constitucionales por estos infringidas y las razones que fundamentan su inconstitucionalidad, me permito de manera respetuosa realizar las siguientes,

3. SOLICITUDES:

PRIMERA: ADMITIR la presente demanda de inconstitucionalidad contra las normas precitadas al identificarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2º del Decreto Ley 2067 de 1991 y los establecidos históricamente por la jurisprudencia de su alto tribunal.

SEGUNDA: DECLARAR INEXEQUIBLES las expresiones “*con arresto inmutable hasta por cinco (5) días*” y “*con arresto inmutable hasta por quince (15) días*” contenidas en los numerales primero y segundo respectivamente del artículo 44 de la ley 1564 de 2012 por las razones expuestas en la motivación de los cargos de inconstitucionalidad y/u otras que esta honorable corporación encuentre ajustadas para resolver el asunto.

TERCERA: DECLARAR INEXEQUIBLES la expresión: “*le impondrá arresto inmutable de uno (1) a treinta (30) días según la gravedad de la obstrucción y*” contenida en el numeral tercero; “*con arresto inmutable hasta por 5 días*” contenida en el numeral cuarto; la expresión: “*o arresto hasta por cinco (5) días*” contenida en el numeral quinto; la expresión: “*o arresto por (5) cinco días*” contenida en el numeral décimo; y la expresión: “*o arresto*” contenida en el párrafo del artículo 143 de la ley 906 de 2004, por las razones expuestas en la motivación de los cargos de inconstitucionalidad y/u otras que esta honorable corporación encuentre ajustadas para resolver el asunto.

CUARTA: DECLARAR INEXEQUIBLES o en subsidio la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de la expresión “*primero*” contenida en los artículos 211 numeral quinto de la ley 599 del 2000 y 212 A de la ley 906 de 2004 en el entendido que por principio de igualdad, seguridad jurídica y protección familiar integral, lo regulado será extensivo también a los parientes civiles hasta el cuarto grado por las razones expuestas en la motivación de los cargos de inconstitucionalidad y/u otras que esta honorable corporación encuentre ajustadas para resolver el asunto.

QUINTA: En uso de las facultades conferidas al magistrado sustanciador o ponente por el artículo 13 del decreto ley 2067 de 1991, entre las entidades u organizaciones que a bien tenga incorporar o pedir su concepto sobre los asuntos materia de debate, solicito respetuosamente **INVITAR** a la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás – Seccional Tunja para que en los términos del mentado artículo rinda por escrito su concepto sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de las normas demandadas para lo cual suministraré las respectivas direcciones electrónicas de ser requeridas por la honorable Corte.

4. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Tratándose de tres normas con fuerza material de ley, como la ley 599 de 2000, la ley 906 de 2004 y la ley 1564 de 2012, es competente su honorable corporación para conocer y tramitar la presente acción de conformidad con el artículo 241 numeral cuarto de la Constitución Política de Colombia de 1991.

5. ANEXOS:

- Cédula de ciudadanía del suscrito accionante que se exhibe ante la honorable corporación para acreditar la condición de nacional colombiano del suscrito accionante.

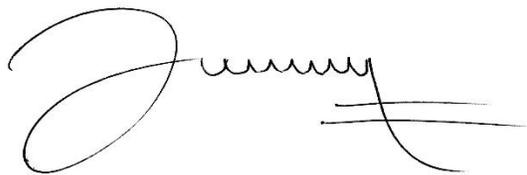
6. NOTIFICACIONES:

Respetuosamente solicito que las decisiones que haya lugar a notificar me sean remitidas a la dirección electrónica juan.murthe@usantoto.edu.co o juansemurthe@gmail.com.

En caso de encontrar pertinente o ajustada la solicitud de invitar a la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás – Seccional Tunja para que rinda su concepto sobre la exequibilidad o inexecutable de las normas demandadas (ante una eventual admisión de la demanda) puede ejercerse contacto a las direcciones electrónicas dec.derecho@ustatunja.edu.co o secretaria.derecho@ustatunja.edu.co.

Sin otro particular, quedo atento a sus comentarios y requerimientos.

Cordialmente,



JUAN SEBASTIÁN MURTHE CÁRDENAS.

C.C: 1.192.764.320 TUNJA (BOYACÁ).

CELULAR: 3182275710.

CORREO ELECTRÓNICO: juansemurthe@gmail.com –

juan.murthe@usantoto.edu.co.

